UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA

FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y JURIDICAS

MAESTRÍA EN CIENCIAS PENALES

ATIPICIDAD DEL ABORTO EN LOS CASOS DEL ART. 86 INC. 2º DEL CÓDIGO PENAL

Como conclusión necesaria desde una dogmática acotante del poder punitivo.

Tesis presentada para obtener el título de Magister en Ciencias Penales por:

OSIO, ALEJANDRO JAVIER

Director de tesis: Dr. Pablo Vega

Noviembre de 2010

Santa Rosa, La Pampa

"Si un hecho se enfrenta contra
la teoría reinante, prescindamos
de la teoría aunque la sostengan
los nombres más famosos".
Claude Bernard

Introducción

A modo preliminar se nos impone decir que si bien se ha escrito mucho respecto del tema del aborto en general, como así también sobre algunos aspectos en particular de la cuestión, en este trabajo, tal como lo hemos dejado en claro en el título, nos ceñiremos al análisis sólo de los dos supuestos previstos por el Código Penal Argentino en su artículo 86 inciso 2º, lo que ya de por sí va a acotar de manera sustanciosa el ámbito de estudio.

A ello debemos agregar que el tratamiento que haremos de tales supuestos estará circunscripto por la dogmática penal, es decir que, aún teniendo en cuenta que el tema del aborto cuenta con ribetes no sólo penales o legales, sino también y fundamentalmente, éticos, morales, religiosos, de conciencia ciudadana, médicos, bioéticos, políticos, etcétera, etcétera, nosotros nos ajustaremos lo más posible a su tratamiento desde el punto de vista de la estructura típica, es decir a la disecación en elementos del o los *tatbestand* comprendidos, y lo haremos desde una dogmática penal acotante del poder punitivo, que a nuestro criterio es la manera más adecuada de interpretar todos los artículos de las leyes penales manifiestas, latentes y/o eventuales de nuestro ordenamiento a la luz de la Constitución Nacional y los Tratados y Pactos Internacionales incorporados a ella en el año 1994.

Diremos también que el aporte que trataremos de realizar cuenta con un cierto grado de originalidad debido a que, sin echar mano a la teoría de los elementos negativos del tipo, planteará por primera vez los supuestos previstos en el artículo 86 inciso 2º del Código Penal Argentino como supuestos de atipicidad, algo que no hemos advertido al menos en la doctrina y jurisprudencia a la que hemos logrado acceder, ni en las citas que estas efectúan, las que con algunos desacuerdos parciales tratan a tales supuestos como comprendidos en causas de justificación, en un estado de necesidad justificante, en casos de inculpabilidad por falta de reprochabilidad debido a la

reducción de la autodeterminación del autor, o que funcionan como excusas absolutorias, etcétera. Desde los clásicos, la mayoría de los autores ubica repetidamente estos supuestos luego de la configuración del injusto penal, es decir, en la escala de elementos de un delito, luego de considerar que la conducta es en todos los casos al menos típica, para un gran número de autores no es antijurídica, y para otros no es culpable.

Así planteada la cuestión medular, trataremos de delimitar los caracteres principales del artículo 86 inciso 2º, pero para ello, como puede verse claramente, se nos planteará necesario también describir e interpretar de una manera igualmente acotante el concepto típico-penal de aborto y sus requisitos.

Circunscripto el tema objeto del presente estudio nos queda sólo ingresar en su tratamiento y tratar de explicar que la conclusión a la que arribaremos no sólo nos parece la más adecuada desde el punto de vista de una dogmática penal acotante del poder punitivo, propia de un estado constitucional de derecho, sino también desde un punto de vista práctico procesal, es decir enrolándonos de una manera humildísima en una dogmática de tipo práctica, con los pies, y a su vez la mira, en la realidad de nuestra región, por oposición a un intento meramente clasificatorio, cuestiones todas que desarrollaremos acabadamente a lo largo del trabajo.

Por último, nos vemos en la necesidad de decir que aunque la idea principal y la conclusión nos pertenece, seguiremos permanentemente a lo largo de todo el trabajo los lineamientos de la dogmática Zaffaroniana, incluso en la diagramación del aporte, ya que para presentar el estudio que haremos también tomamos al emérito profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, quien en su libro “Circunvención o abuso de Menores e Incapaces” comienza por el tratamiento de la historia, genealogía y legislación del tema que trata, para luego entrar en el estudio de los requisitos típicos de la figura en cuestión, desde los objetivos hasta los subjetivos, concluyendo con una reflexión final. Elección ésta que nos fue sugerida por el excelente y querido profesor Pablo Daniel Vega, a quien además hemos elegido para que nos dirija en esta empresa.

CAPÍTULO 1.

HISTORIA DEL ARTÍCULO 86 INCISO 2° DEL CÓDIGO PENAL.

Historia, Genealogía y redacción final del inciso.

Para comenzar con el tratamiento del tema que nos hemos propuesto, primero debemos saber con qué texto legal contamos, de dónde tomó el legislador los conceptos que aquél comprende, porqué eligió los términos que finalmente plasmó y si éstos han sufrido alguna modificación a lo largo de su historia de vigencia.

Nuestro Código nació de una larga gesta forjada por múltiples proyectos y anteproyectos que se sucedieron a lo largo del fin del siglo XIX y durante las dos primeras décadas del XX, cuyo tratamiento excedería el marco de este trabajo y lo ha hecho, entre otros y por todos, el propio Rodolfo Moreno (h)[1] quien finalmente logró imponer su código para la sanción, pero no obstante ello traeremos a colación en lo que sea pertinente los proyectos que se sucedieron en el tiempo y que sirvieron de gesta al Código Penal finalmente sancionado. En este cursus seguiremos fundamentalmente a Ricardo Nuñez y a Rodolfo Moreno (h)[2].

Proyecto del doctor Tejedor (1866-1868):

Fue el primer intento de codificación penal general, redactado por encargo del Poder Ejecutivo Nacional (05-08-1864), por Carlos Tejedor, profesor de la Universidad de Buenos Aires. En las disposiciones generales de su Parte General, el Proyecto sigue, en gran medida al Código Penal de Baviera de 1813, obra de Paul Anselm V.

---

[1] Moreno, Rodolfo (h) "El Código Penal y sus antecedentes". Editorial H. A. Tomassi. Bs. As. 1922

[2] Ob. Cit. nota nterior y EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL ARGENTINO (Resumen de Núñez), publicado en http://www.consulex.com.ar/Documentos/Ano2/Trabajo%20de%20evolucion%20del%20derecho%20penal%20-%20N%20unez.pdf

Feuerbach. En menor medida recibió el aporte de la doctrina española a través de Joaquín Francisco Pacheco, comentarista del Código español de 1848/50 y de la doctrina francesa a través de Chauveau. En la parte segunda, predominan como fuentes inmediatas el Código peruano de 1862 y el español antes mencionado.

El Proyecto Tejedor, no fue sancionado como código nacional, pero en virtud de la autorización concedida por el art. 108 de la Constitución Nacional, fue adoptado como código penal por ocho provincias, con algunas modificaciones hechas en la de Buenos Aires, y representa, a través del código de 1886 que volvió a tomarlo, un importante precedente de muchas disposiciones del código vigente.

En este proyecto no había mención alguna del artículo 86 finalmente sancionado en 1921 y se legislaba sólo respecto del delito de aborto –art. 85- y sobre sus circunstancias agravantes –art. 86-.

Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García (1881) y el Código de 1886:

En el Proyecto de 1881 (03-01-1880), redactado por Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan A. García, encargados de examinar el Proyecto Tejedor por el Poder Ejecutivo Nacional, predomina la influencia del Código español de 1870. Córdoba lo adoptó como código penal con algunas modificaciones el 14-08-1882.

Presentado este proyecto a la Cámara de Diputados (11-05-1881) no fue aceptado, y el Congreso terminó por sancionar sobre la base del Proyecto Tejedor, el primer Código Penal para la Nación (Ley 1920 del 07-12-1886). Este Código Penal entró a regir el 01 de febrero de 1887.

Siguió el molde de las legislaciones clásicas. No incluía la legislación penal en su totalidad, sino que dejaba al margen, contenida en la Ley nº 49, la legislación federal sobre crímenes y delitos contra la Nación.

En este proyecto tampoco había mención alguna del artículo 86 finalmente sancionado en 1921.

Reforma de 1890, Proyecto de 1891 y Ley 4189:

El 07 de junio de 1890, el Poder Ejecutivo Nacional comisionó a Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo para proyectar la reforma del Código. El Proyecto, presentado en junio de 1891, legislaba sobre delitos y faltas nacionales, unificó la legislación penal común. Además de revisar el elenco de los delitos del Código de 1886, llenó sus vacíos respecto a la aplicación de la ley penal en el espacio. Conservó las fuentes de origen español.

Este Proyecto presentó el aporte preponderante de los códigos italiano de 1889, húngaro de 1878, holandés de 1881 y belga de 1867, que contenían la última y mejor legislación criminal, según se pensaba por entonces.

Su texto constituye un valioso precedente para interpretar el texto original del código vigente.

El Proyecto de 1891, que sólo logró dictamen favorable de la Comisión de Diputados, sirvió de base para las reformas introducidas en el Código de 1886 por la Ley 4.189 (21-08-1903). La opinión, especialmente la de parte de los positivistas, fue adversa a la reforma.

En estos textos tratados, y en el caso de la ley de reformas 4189, sancionados, tampoco había mención alguna del artículo 86 finalmente sancionado en 1921.

Proyecto de Reforma de 1906:

Frente a la situación enunciada precedentemente, el Poder Ejecutivo dispuso la revisión del Código de 1886 por una comisión formada, además de Piñero y Rivarola, redactores del Proyecto de 1891, por F. Beagley, D. Saavedra, Moyano Gacitúa y Ramos Mejía (09-12-1904).

El Proyecto que se denomina de 1906 siguió la orientación del de 1891, y fue presentado al Poder Ejecutivo Nacional, el 10 de marzo de ese año y remitido al Congreso el 1º de septiembre.

El Diputado Rodolfo Moreno (h) fue quien dio el último impulso al ya largo proceso de re-forma del Código de 1886. Con algunas modificaciones. Presentó como

proyecto de reforma el de 1906, sobre el cual, una comisión de diputados, presidida por Moreno, redactó el Proyecto de 1917.

Sólo legislaba sobre delitos. Fue objeto de críticas por el sector positivista, porque decían que había hecho tabla rasa de los delitos que aparecieron como adelantos producidos en el derecho penal durante el siglo XX.

En este proyecto tampoco había mención alguna del artículo 86 finalmente sancionado y se legislaba sólo respecto del delito de aborto y sobre sus circunstancias agravantes –art. 117 tomado del proyecto de 1891-.

El Código de 1921:

El Proyecto de 1917, recibió sanción como Código Penal, el 30 de septiembre de 1921. Fue promulgado como Ley 11.179 el 29 de octubre del mismo año y entró a regir a partir del 30 de abril de 1922.

Pero en su recorrido parlamentario recibió algunas reformas, que si bien no alteraron su estructura fundamental, en lo que hace al artículo 86 que tratamos de relevar históricamente, recibió un agregado que nos merece asentar, debido a que se trata del inciso que nos hemos puesto como objeto de análisis en el presente trabajo

El artículo 86 en la Cámara de Diputados:

El artículo 90 del proyecto de 1906 que se reseñara anteriormente –atinente a la legislación sobre aborto- mereció aceptación en la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados que lo considerara, y recibió aprobación sin ninguna modificación, es más, la exposición de motivos no brindó ningún fundamento respecto de la no punición o la punición atenuada de algunos supuestos abortivos, no fue siquiera mencionado el tema.

El artículo 86 en el Senado:

La primera Comisión de Códigos del Senado, entre otras reformas sobre otros temas, propuso cambiar la redacción del artículo -ya a esta altura numerario 86- del proyecto originario que versaba: “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 aborto, o cooperaren a causarlo”.

Propusieron una nueva redacción para que el artículo quedara de la siguiente manera:

> “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 aborto, o cooperaren a causarlo.
>
> El aborto causado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer en cinta, 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.
>
> 2º. Si el embarazo proviene de una violación, de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota, demente, inconsciente o incapaz de resistencia, o de un incesto. Si la víctima es idiota o demente el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.

Pero, y por último, la segunda Comisión de Códigos del Senado, si bien mantuvo la inclusión de supuestos de abortos no punibles efectuada por la primera comisión y la redacción de casi todo el artículo, modificó lo atinente al inciso 2º y propuso lo que finalmente mereció sanción legislativa.

Por ello, el artículo completo, con su inciso 2º modificado quedó redactado de la siguiente manera:

> “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 aborto, o cooperaren a causarlo.

El aborto causado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer en cinta, 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.

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.

Finalmente, la Cámara de Diputados aceptó las reformas propuestas y así fue sancionado.

Más adelante en el tiempo, la ley 17.567 (del 12 de enero de 1968) reformó el Código Penal, inspirada en el Proyecto de Soler, pero esa modificación fue suspendida por la ley 20.509 (del 27 de mayo de 1973). Empero ello, tres años más tarde, la Ley 21.338 (del 25 de junio de 1976) restableció todas las reformas que la Ley 17.567 le hizo al Código Penal en el año 1967[3], por lo que a partir de ese momento el artículo 86 quedó redactado de la siguiente manera:

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 grave peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;

[3] Trabajo citado en nota 2 y Azerrad, Marcos Edgardo "Aborto. Despenalización o no un debate necesario". Ediciones jurídicas Cuyo. Mendoza 2008, pág. 139.

2º) Si el embarazo proviene de una violación por la cual la acción penal haya sido iniciada. Cuando la víctima de la violación fuere menor o una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal.

Como podrá verse, las dos grandes modificaciones introducidas en el texto son: por un lado en el inciso primero agrega el calificativo "grave" como requisito del peligro para la vida o la salud de la madre, lo que no hacía el texto original, que en este sentido era más amplio, decía "un peligro", por lo que se le criticaba que daba lugar a la interpretación de que cualquier peligro, aunque no fuera grave, se encontraba comprendido por esa normativa.

Por otro lado, en el segundo inciso se cambió casi por completo su redacción, de acuerdo a lo sostenido por entonces por Sebastián Soler, quien se encargó de aclarar en el texto sancionado que todas las violaciones permitían la aplicación de esta normativa sin distingos respecto de las capacidades intelectuales de la mujer sobre la cual se efectuaba. Con esto excluía la duda de si lo que él consideraba un permiso, sólo estaba previsto para el caso de violación a una mujer idiota o demente o si en realidad estaba previsto para las violaciones a cualquier mujer y también los atentados al pudor sobre mujeres idiotas o dementes. A este último caso lo distingue más adelante en la redacción sólo para exigir el consentimiento de su representante legal.

Finalmente, y no sin la consideración de una multiplicidad de proyectos de reforma general al Código en su ínterin, el Congreso de la Nación, mediante la Ley 23.077, del 27 de agosto de 1984, restauró la mayoría de los textos de la Ley 11.179 entre los cuales estaba este artículo 86, y sus dos incisos, por lo que estos volvieron a la redacción del artículo sancionado en 1921, transcripta más arriba[4], lo que según Manuel A. Bayala Basombrio significó el retroceso a una legislación confusa, así lo dice en su actualización de la obra de Soler, la ley 23077 "al reestablecer el texto original del Código para el art. 86, pone nuevamente en pie las oscuridades y deficiencias puntualizadas por el autor"[5].

---

[4] Azerrad, Marcos Edgardo "Aborto. Despenalización o no un debate necesario". Ediciones jurídicas Cuyo. Mendoza 2008, pág. 130.

[5] Soler, Sebastián "Derecho Penal Argentino" Actualizador Manuel A. Bayaza Basombrio. Editorial TEA. Bs. As. 1992, pág. 115

Ahora bien, así dadas las cosas, vemos que finalmente el inciso 2º del artículo 86, en la actualidad, versa: "*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*."

Este inciso así redactado, como tuvimos oportunidad de ver, no se encontraba en el proyecto de 1917 presentado al Congreso de la Nación para su sanción, sino que fue introducido por una comisión del Senado en 1919. Ahora bien ¿de dónde tomó la comisión del senado que introdujo este inciso su texto? Y como intervinieron dos ¿cuál fue la comisión del senado que introdujo el inciso que fue sancionado finalmente, la primera o la segunda que intervino?

Para responder a estas dos cuestiones deberemos necesariamente repasar algo de la historia gestacional de este texto, para saber cómo y porqué quedó redactado así en último término.

¿De qué fuente tomó el legislador este inciso?

Como vimos en el parágrafo anterior, más allá de si el artículo en estudio fue redactado por la primera o segunda comisión del senado, cuestión que veremos a continuación, los autores, al analizar el texto, coinciden en sostener que proviene del artículo 112 del Anteproyecto suizo de Código Penal de 1916.[6]

---

[6] Jiménez de Asúa, Luis "El aborto y su impunidad". revista La Ley, Tomo 26, y "Libertad de amar y Derecho a Morir", editorial Historia Nueva, 3ª edición, Madrid 1929. Soler, Sebastián ob. Cit. nota 6. Ramos, Juan P. "Curso de Derecho Penal", editorial Biblioteca Jurídica Argentina, 2ª edición, Bs. As. 1943. Fontán Palestra, Carlos "Manual de Derecho Penal", editorial Desalma, Bs. As. 1951, y "Derecho Penal Parte Especial" Tomo I. Molinario, Alfredo J. "Derecho Penal 2º curso. Compilación de Antonio Toscano" La Plata, 1943. Gómez, Eusebio "Tratado de Derecho Penal" editorial Compañía Argentina de Editores, Bs. As. 1939. Gonzalez Roura, Octavio "Derecho Penal" Tomo III, editorial Abeledo, Bs. As. 2ª edición, 1925. Peco, José "El aborto en el Código Penal", notas de las conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de Buenos Aires durante el curso de 1326, Revista Penal Argentina, Imprenta de la Universidad, Bs. As. 1926, Tomo VI. Nuñez, Ricardo "Derecho penal Argentino" Tomos I y III, editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As. 1959. Oderigo, Mario A. "Código Penal Anotado", editorial Desalma, 3ª edición, Bs. As. 1957. Daien, Samuel "Carácter eugenésico del art. 86, inc. 2º del Código Penal, editorial Jurídica Argentina, Bs. As. 1944". Finzi, Marcelo "El llamado aborto eugenésico (art. 86, inc. 2º, Cód. Penal). El consentimiento del representante legal", revista Jurisprudencia Argentina, Tomo IV 1946. Moreno, Rodolfo (h) ob. Cit. nota 1. Por citar a los primeros que trataron profundamente el tema y son actualmente seguidos en sus observaciones por los doctrinarios que se pronuncian sobre esta cuestión

En relación a ello, Soler dice que el origen de muchas de las discusiones que se originarían a partir de la sanción del Código con la redacción ambigua con que fue terminado, se debió a un error de traducción. Dice textualmente "Trátase de una reforma hecha con bastante precipitación, copiando de segunda mano los textos del proyecto suizo de 1916… su texto original dio lugar a numerosas cuestiones doctrinarias, especialmente porque la disposición había sido tomada de un proyecto de ley que carecía de vinculación histórica y doctrinaria con nuestros antecedentes legislativos, y aún de tradición asentada en otros países"[7].

El problema para Soler giró entorno de la inclusión del término "atentado al pudor" que era extraño a nuestra legislación, y que fue traducido por Gómez y González Roura como abuso deshonesto, haciéndole decir a la ley "un contrasentido tan violento como el de suponer un embarazo por un acto que excluye el acceso carnal". A criterio de Soler la confusión tenía una causa que aprecia como muy clara, la comisión que introdujo el texto tomó la redacción de la versión francesa del proyecto suizo de 1916, en la que el término alemán *Schändung* se tradujo como *attentat d la pudeur d'une femme idiote, alinée, inconsciente ou incasable de résistence*. Pero, a diferencia del nuestro en que utilizaba el término violación de manera genérica para todos los casos comprendidos en el artículo 119, en el derecho alemán existían dos tecnicismos distintos para designar a la violación por la fuerza –*Notzucht*- y para la violación sobre una mujer idiota –*Schändung*-, palabra ésta última que en realidad debe traducirse como profanación, a criterio de este autor[8].

Mas acá en el tiempo, Carlos Creus, siguiendo a Nuñez, quien a su vez sigue en esto a Jiménez de Asúa, Soler y Fontán Balestra[9], si bien acuerda en el origen de la norma, discrepa con Soler en la consideración respecto del término "atentado al pudor", ya que sostiene que pueden incluirse en él los supuestos en que el embarazo provenga de un estupro y los casos en que proviene de una actividad ilícita que puede catalogarse en última instancia como atentado al pudor o a la libertad de la mujer, aunque carezca

---

[7] Ob cit. nota anterior, pág. 114

[8] Soler, Sebastián "Derecho Penal Argentino" Actualizador Manuel A. Bayaza Basombrio. Editorial TEA. Bs. As. 1992, pág. 114, en que el autor remite a los arts. 164 (Notzucht) y 166 (Schändung) del P. Suizo de 1915, p. 55 del II anexo al Protokoll der Zweiten Expertenkomission, Zurich, 1917.

[9] Nuñez, Ricardo C. "Tratado de Derecho Penal" Tomo I Parte General. 2ª reimpresión. Ed. Marcos Lerner, Córdoba, agosto de 1987, pág. 391.

de las características de la violación, como la inseminación artificial directa o la implantación de óvulos fecundados[10], aspecto de la discusión que, como ya dijimos, trataremos más adelante.

En suma, y más allá de opiniones sobre la conveniencia o no del texto, como dicen Oscar Alberto Estrella y Roberto Godoy Lemos, hay consenso en la doctrina respecto a que el origen del artículo 86 inciso 2º de nuestro Código Penal es el artículo 112 del Proyecto de Código Penal para Suiza del año 1916.[11]

Actualmente, Lucila Larrandart comparte el criterio de Soler y avanza en la consideración de que, más allá de las fuentes de nuestro Código, todas las violaciones del artículo 119 se encuentran comprendidas en este inciso[12], aunque esa es una discusión de la que daremos cuenta más adelante. Por su parte Fontán Balestra también comparte el criterio de Soler respecto de la confusión originada en la traducción literal del proyecto suizo en la redacción francesa[13].

En un libro de recientísima data, Marcos Azerrad, también comparte el criterio de Soler, y recuerda que el artículo 86 inciso 2º de nuestro Código Penal, tan discutido, fue tomado del 112 del Proyecto Suizo de 1916 que declaraba no punibles "al aborto practicado por un médico titulado y con el consentimiento de la embarazada en dos casos: a) el aborto terapéutico y b) si el embarazo proviene de una violación, de un atentado al pudor cometido en una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia o de incesto. Si la víctima es idiota, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto" (sic)[14].

Podemos decir en este estado del análisis histórico del artículo 86 inciso 2º del Código Penal, que más allá de las discusiones que se originaron en torno a su amplitud,

---

[10] Creus, Carlos "Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 1" 6ª edición actualizada y ampliada, 2ª reimpresión. Editorial ASTREA, Bs. As. 1999, pág. 64.

[11] Estrella, Oscar Alberto; Godoy Lemos, Roberto "Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular. Análisis doctrinario. Jurisprudencia seleccionada" Editorial Hammurabi, Bs. As. 1995, pág. 160.

[12] Baigún, David; Zaffaroni, Eugenio Raúl dirección; Terragni, Marco A. coordinación "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial" Tomo 3. Arts. 79/96 Parte Especial. Marcela De Langhe supervisión. Editorial Hammurabi. Bs. As. 2007, pág. 691.

[13] Fontán Balestra, Carlos "Derecho Penal Parte Especial". Actualizado por Guillermo A. C. Ledesma. Decimosexta edición actualizada. Reimpresión. Editorial Lexis Nexos Abeledo Perrot. Bs. As. 2002, pág. 85.

[14] Azerrad, Marcos Edgardo "Aborto. Despenalización o no un debate necesario". Ediciones jurídicas Cuyo. Mendoza 2008, pág. 138.

es decir, a los supuestos que en él se encuentran comprendidos, toda la doctrina nacional e internacional coincide en que este inciso fue tomado del artículo 112 inciso b) de la versión francesa del anteproyecto suizo de Código Penal de 1916, el que como nos informan Ghione, López Lastra y Azerrad, entre otros, tuvo una breve existencia, ya que los mismos resquemores y recelos que generó en nuestras latitudes, se generaron en el país de su fuente, tanto así, que ese proyecto suizo se convirtió en ley recién en 1937 y ya sin el inciso b) tan cuestionado, habiéndose mantenido sí el aborto terapéutico, como así también la interrupción del embarazo por "algún otro estado de apuro grave en que se encontrare la embarazada" aunque en este último supuesto facultaba al juez sólo a atenuar la pena.

Ahora bien, López Lastra nos dice que la postura que indica que la primera comisión había copiado textualmente el artículo 112 del anteproyecto suizo es errada, debido a que se vislumbran seis diferencias entre la fuente y el texto propuesto por la comisión, tales son:

1º) Se cambió "enajenada" por "demente";

2º) Se cambió "En mujer…" por "sobre una mujer…";

3º) Se cambió "Si la víctima es enajenada…" por "en este caso…";

4º) En la versión francesa de la redacción enero-agosto 1916 del Proyecto suizo figura un orden "…rendí ocupable d'inceste, de viol ou d'atent à la pudeur d'e une femme idiote, alinée, inconsciente en incasable de resístanse…" mientras que en la versión alemana aparece "der Notzucht der Schändung oder der Blutschande…" esto es violación, profanación o incesto. Es decir que acá la comisión cambió la versión francesa por el orden que se le daba en la versión alemana;

5º) Se suprimió "d'une femme … inconsciente ou incasable de resístanse…"; y

6º) Se suprimió al final "o incesto".

Es decir que, desde nuestra óptica, salvo los cambios descriptos por López Lastra como 5º y 6º que por lo que pudimos ver sí se encontraban en el texto que propuso el legislador, marcarlos como cambios con relación a su fuente sería un error. La comisión que introdujo el artículo 112 del anteproyecto suizo de Código Penal de 1916 lo hizo con una nueva redacción, acorde a la terminología técnica del Código en

ese momento, lo que da muestras a las claras que la introducción no fue equívoca por desconocimiento de su fuente como se pretendió achacar desde algunas posturas. Ha quedado demostrado, que nuestro legislador conocía la fuente y la introdujo con las reformas que creyó necesaria para adaptarla al código, aunque quizá sí puede decirse que este proceso fue un tanto precipitado. El segundo cambio de redacción, producido antes de su sanción, merece las mismas valoraciones, sólo que ésta vez se optó por suprimir el incesto y se dio al inciso una redacción más concisa para evitar la repetición de conceptos que en nuestra doctrina de por entonces, plasmada en el código, llevaba a una tautología, por ejemplo se suprimió "mujer inconsciente o incapaz de resistencia" debido a que en nuestro código estaba incluida en la "violación" y el inciso ya mencionaba expresamente este supuesto.

El inciso que tratamos había sido incluido en el anteproyecto de Código Penal suizo de 1916 como consecuencia de la ofensiva llevada a cabo en Suiza a partir de 1912 por Lang, Wieiti y Rohr, en busca de fórmulas que liberalizaran el tratamiento penal del aborto. Dicha norma fue sustituida en el Proyecto de 1918 por otra que sólo conservó el aborto necesario y que, a su vez muy modificada, pasó al derecho vigente en 1937, en el que se previó minuciosamente el aborto terapéutico.

Debemos recordar además el contexto histórico en que surgió el artículo que le sirvió de fuente a nuestro legislador. Europa estaba en plena primera guerra mundial -1914/1918-, su situación social era crítica, en el seno político todos se disputaban el poder de las naciones que emergían de entre los escombros, los tratados de guerra y posteriormente de paz condicionaban políticas económicas en todos los sentidos, en Alemania se sucedían propuestas de extrema derecha pero también otras de sesgo progresista, de entre las cuales surgieron este tipo de artículos orientados hacia una derecho penal más liberal propio de las ideas de Feuerbach, las cuales encontraron acogida en países como Francia y Estados unidos, que aprovecharon la guerra y luego mucho más la posguerra como punto de anclaje para un crecimiento sostenido en compañía de Japón, otro de los pocos "beneficiados" con el conflicto bélico.

Para comprender el contexto histórico, mientras el artículo 112 inciso b) del proyecto suizo era discutido y luego reformado en 1918, toda Europa a su lado se caía a pedazos como consecuencia de los bombardeos y las disputas económico-raciales de los

países aliados que procuraban hacerse de los frutos de la revolución industrial en un viejo continente cuyos países se mataban entre sí en las trincheras.

¿Cuál fue la comisión del Senado que introdujo este texto legal, la primera o la segunda?

Para arribar a la sanción del Código de 1921, durante largos períodos legislativos tuvo lugar un tratamiento parlamentario que involucró a una comisión de la Cámara de Diputados, y a dos comisiones de la Cámara de Senadores, integradas por distintos legisladores, que trataron el texto e incluyeron modificaciones que finalmente arrojaron como resultado el corpus que se convirtió en ley. De ello cabe colegir que en el Código Penal originario hay conceptos, y hasta artículos enteros, que provienen no de un mismo redactor, sino de dos o en ciertos casos hasta de tres diferentes, y colegiado, tema sobre el que volveremos más adelante para concluir en el modo en que deben interpretarse esos conceptos integral y sistemáticamente.

Lo que nos interesa ahora es quitar el velo a la pregunta que nos formulamos y para ello seguiremos en parte a Ernesto V. Ghione[15] y en parte a la investigación que por nuestra parte hemos realizado. Ghione al tratar los argumentos a favor y en contra de una interpretación amplia del inciso 2º del artículo 86 del Código Penal, provenientes de Luis Jiménez de Asúa y de Peco, nos desasna diciendo que cuando Peco se refiere al propósito que inspira el artículo según se desprende de su exposición de motivos y la cita textualmente, yerra y trae a mérito la exposición de motivos de la primera comisión del senado que trató el código, cuando debió haber citado el correspondiente a la segunda comisión de tratamiento que fue la que finalmente introdujo el texto que se sancionó en definitiva. Por accesoriedad concluye que también yerran todos los autores que se oponen a una interpretación amplia de los supuestos comprendidos en el inciso en cuestión citando a Peco y la exposición de motivos que él trajo a colación.

[15] Ghione, Ernesto Víctor "El llamado "aborto sentimental" y el Código Penal Argentino". Revista Jurídica Argentina La Ley Tomo 104, Bs.As. 1961, pág. 777/788.

Este error en la consideración del trámite parlamentario que incluyó este inciso es también relevada por Julio E. López Lastra[16], quien considera que aún teniendo en cuenta ese yerro en la asignación de unos motivos que correspondían a un texto distinto del finalmente sancionado, es incorrecto interpretar una exposición de motivos como intención del legislador para desde ahí interpretar la norma y su extensión, cuando en realidad para que se logre una interpretación verdadera del artículo lo que debe hacerse es una interpretación sistemática del texto legal analizado y del resto de las normas del Código en el que está inserto, cuestión que más adelante relevaremos en más detalle atento a la originalidad de su aporte.

Veamos, nos dice Ghione textualmente "El argumento de Peco que estamos estudiando, como así la réplica de Jiménez de Asúa y Molinario, lo mismo que el razonamiento del primero, como en general todas las consideraciones que de uno y otro lado se formulen *con referencia a la Exposición de Motivos del Senado, resultan inoficiosas y desubicadas en lo que respecta al problema en discusión. Porque como antes lo hemos dicho, la Exposición de Motivos pertenece a la Primera Comisión de Códigos del Senado, que proponía, literalmente, el art. 112 del Anteproyecto suizo. Mientras que el art. 86 del Cód. Penal es producto de la reforma que al texto de la primera Comisión efectuó la segunda Comisión de Códigos . Es decir, que se está debatiendo el art. 86 en base a una Exposición de Motivos que se refiere a otro texto: al del Anteproyecto suizo. Y lo que es decisivo y muy interesante: a pesar de que el informe de la primera Comisión sólo pretendía hablar, en principio (como hemos visto) del aborto eugenésico, nadie puede dudar que el precepto suizo a que se refiere incluye también el aborto sentimental.*" [17]

Finalmente, concluye Ghione que deben descartarse todas las opiniones respecto del inciso en cuestión que se funden en la intención del legislador puesta de manifiesto en la expresión de motivos de la primera Comisión de Códigos del Senado, puesto que lisa y llanamente se refería a un texto distinto al finalmente incluido, cosa que hizo la segunda Comisión de Códigos del Senado. Y por último reflexiona "lo

[16] López Lastra, Julio E. "Interpretación "sistemática" del art. 56 inc. 2º del Código Penal. (¿Deben continuar los debates doctrinarios por el "aborto sentimental" y los métodos superados por la "Teoría de la Interpretación"?)". Revista Jurídica Argentina La Ley, Tomo 107. Bs. As. 1962, pág. 1116.

[17] Ob. Cit. nota anterior pág. 781 citando como fuente "Congreso Nacional: Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, año 1921, Buenos Aires 1922, p. 329".

llamativo es que al mismo se refieren, por distintos motivos relacionados con la cuestión en estudio, como si fuera utilizable para dilucidarla, Peco, Gonzalez Roura, Moreno, Gómez, Jiménez de Asúa, Soler, Nuñez, Daien y Finzi".

Como se nos ha representado la posibilidad de que las afirmaciones precedentes puedan no ser del todo exactas, hemos acudido personalmente a constatar las fuentes directamente, y así hemos podido observar que el artículo 86 incisos 1º y 2º, con la expresión de motivos que seguidamente procederemos a transcribir fue incluido a modo de propuesta de modificación al proyecto original el día 23 de septiembre de 1920, en la 43ª reunión de la 31ª sesión ordinaria de la Cámara de Senadores[18], mientras que la aprobación por parte de la comisión del proyecto que finalmente trataría la Cámara -y que sería sancionado como ley- se produjo el día 1º de septiembre de 1921, en la 38ª reunión cont. de la 25ª sesión ordinaria[19].

Así las cosas, con el error advertido por Ghione y las constancias que nosotros mismos hemos revisado, debemos tener entonces por seguro que la redacción original del artículo 86 inciso 2º de nuestro Código Penal fue producto de la redacción dada por la Segunda Comisión de Códigos del Senado de la Nación –en 1921- que modificó algunos aspectos a la inclusión casi textual del artículo 112 del anteproyecto suizo que había hecho la Primera Comisión –en 1920-, ambas con variaciones en su integración.

¿Por qué motivos se incluyó ese inciso 2º al artículo 86 del Código Penal?

Bien, Rodolfo Moreno (h) fue quizá el primero en transcribir la expresión de motivos de la primera Comisión del Senado que incluyó el inciso 2º al artículo 86 del por entonces proyecto de Código Penal[20], y luego, si bien la segunda Comisión del Senado cambió la redacción original del texto introducido excluyendo el incesto y corrigiendo algunas terminologías que eran extrañas a nuestra dogmática, compartió los motivos por los cuales la primera comisión había insertado el inciso, por lo que nos permitiremos disentir con Ghione, ya que si bien reconocemos que la única expresión

[18] Diario de Sesiones del Congreso Nacional, Cámara de Senadores, septiembre 23 de 1920, 43ª reunión, 31ª sesión ordinaria, páginas 957 a 958.
[19] Diario de Sesiones del Congreso Nacional, Cámara de Senadores, septiembre 1º de 1921, 38ª reuní. cont. de la 25ª ses. ord., páginas 325 y 329
[20] Ob. cit. nota 1 pág. 420.

de motivos existente es la que brindara la primera comisión del senado y se refería a un texto diferente al finalmente sancionado, los argumentos que de ella emanan fueron compartidos por la segunda comisión que mantuvo el inciso aunque con algunas modificaciones efectuadas por cuestiones gramaticales y de sistemática legal como ya se dijo, y que en lo sustancial se refieren a los dos casos que finalmente quedaron comprendidos en la redacción final, esto es la violación y el atentado al pudor sobre mujer idiota o demente.

De ello cabe colegirse que no es desacertado concluir que la intención del legislador –tanto del que introdujo el inciso, del que reformó su redacción como del que lo sancionó en definitiva- se encuentra expresa en esa motivación realizada por la primera Comisión del Senado, la cual dice lo siguiente:

"En el artículo 86 hemos propuesto el siguiente agregado:

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

1º) Si ha sido 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.

2º) Si el embarazo proviene de una violencia, de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota, demente, inconsciente o incapaz de resistencia, o de un incesto. Si la víctima es idiota o demente, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

Hemos tomado estas disposiciones del artículo 112 del anteproyecto suizo de 1916. La primera disposición no necesita explicarse, pues cae de su propio peso que cuando el aborto es indispensable para la salud o la vida de la madre, no constituye delito.

La segunda importa una verdadera innovación en la legislación criminal. Al referirse a este punto dice un distinguido profesor de derecho penal, citado varias veces en este informe que es sumamente interesante la última redacción del anteproyecto de código penal suizo, que no figuraba en ninguna de las ediciones anteriores, habiendo sido introducido por la segunda comisión de peritos.

Es la primera vez, agrega, que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico, para evitar que de una mujer idiota o enajenada, o de un incesto, nazca un ser anormal o degenerado. Gautier, comentando este artículo apunta, ya que en el caso de incesto se podrían añadir consideraciones de orden étnico y que cuando el embarazo sea el resultado de un atentado cometido sin violencia, contra una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia podría argüirse, más justamente aún que en el caso de incesto el interés de la raza ¿Qué puede resultar de bueno de una mujer demente o cretina?(Jiménez de Asúa, La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas, pág. 206).

El tema es seductor y su desarrollo en este informe podría llevarnos muy lejos, haciéndonos entrar en el dominio de la eugénica, cuyo estudio reviste para algunos miembros de esta Comisión una importancia trascendental y cuyos problemas deben interesar profunda e intensamente a los legisladores, pedagogos, sociólogos y juristas de nuestro país. La misma ciencia penal se preocupa de las aplicaciones de sus principios para combatir con mayor eficiencia el aumento de la criminalidad. El VII Congreso de Antropología Criminal celebrado en Colonia el año 1911, se ocupó de la esterilización de los criminales. Y en trece estados de Norte América se han dictado ya leyes esterilizadoras de criminales y enfermos mentales.

Pero no es el momento de hacer en este informe largas consideraciones acerca de la eugenesia en sus relaciones con la criminalidad. Bastará decir, para terminar con este punto, que si bien no se admite hoy en día ni por la ciencia, ni por el derecho penal, ni por el consenso social, la esterilización de los delincuentes, aunque sean incorregibles, con fines eugénicos, sintiéndose por esa medida, según dijera van Hamel, una repugnancia afectiva, es practicado, con intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza. El problema se ha planteado en Europa durante la última guerra, con motivo de las violaciones de que fueran víctimas numerosas mujeres belgas por soldados ebrios, desenfrenados o criminales".

Ahora bien, aunque se cuente con el texto legal del artículo 86 inciso 2º del C.P., su fuente comparada, y la expresión de motivos que sirvió de respaldo para su sanción, no debe concluirse necesariamente que la interpretación sobre su alcance deba hacerse sólo con esos elementos.

Esto lo veremos más en detalle al interpretar este inciso sistemáticamente con el resto del articulado y con los principios que emanan de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, todo a la luz de un derecho penal acotante del poder punitivo, tal como lo anunciáramos en el título del presente aporte.

CAPÍTULO 2.

DISCUSIÓN DOCTRINARIA

Cuántos supuestos prevé el inciso 2º del artículo 86 del Código Penal. ¿uno, dos o más? Discusión doctrinaria y reformas legales.

Luego de su sanción y a lo largo de más de cuarenta años se ha sucedido una discusión en torno al alcance del inciso en estudio y a los supuestos comprendidos en su redacción, hasta que en 1968 el código fue reformado en dirección a la opinión del profesor Sebastián Soler, pero al anularse dicha reforma en el año 1984 y volver a la redacción original del Código Penal de 1921, la discusión ha resucitado y cobrado vida para quedarse. Desde entonces a la fecha múltiples voces se han escuchado a favor y en contra de las tesis amplias, restringidas y eclécticas originarias, aunque algunos aportes se han hecho también de manera original; de todo ello haremos un somero relevamiento en este acápite, para finalmente tomar postura en un sentido.

Para esto, y en consonancia con lo dicho precedentemente, dividiremos el tratamiento en dos etapas temporales, la primera desde la sanción del Código Penal en 1921 hasta la llamada "reforma Soler" de 1968, y la segunda desde 1984 a la fecha, ya que en el ínterin 1968 a 1984 el texto era tan explicito y claro que no daba lugar a discusión alguna, al menos sobre este aspecto.

Primera etapa: desde la sanción del Código Penal en 1921 hasta la reforma Soler en 1968:

Para esta primera etapa de la discusión dogmática respecto de los supuestos que comprende el artículo 86 inciso 2º de nuestro Código Penal, contamos con la

ventaja de que Ernesto Víctor Ghione ya se ocupó de realizar el relevamiento de las posturas doctrinarias al respecto[21], por lo que seguiremos como columna vertebral su trabajo, amén de algunos otros aportes que hemos hallado en otros autores.

Ghione nos recuerda que para la interpretación del texto legal en cuestión se han desarrollado fundamentalmente dos tesis: una amplia –el inciso engloba los casos provenientes de cualquier violación más los atentados al pudor sobre mujeres idiotas o dementes, abortos sentimental y eugenésico, respectivamente- y otra restringida –el inciso sólo prevé el aborto eugenésico-. En la primera de ellas se enrola él siguiendo a los autores Luis Jiménez de Asúa, Sebastián Soler, Juan P. Ramos, Carlos Fontán Balestra, Alfredo J. Molinario, Eusebio Gómez y Octavio Gonzalez Roura, mientras que en la segunda se alistan José Peco, Ricardo Nuñez, Mario A. Oderigo, Samuel Daien, Marcelo Finzi, Augusto Morisot, Eugenio Cuello Calón, Nerio Rojas y Emilio C. Díaz. Aclara asimismo, que Rodolfo Moreno (h) en su obra "El Código Penal y sus antecedentes" parece no advertir la cuestión.

Nos dice Ghione que a favor de la tesis restringida se han vertido diez argumentos, de los cuales ocho le corresponden a Peco, uno a Finzi y uno a Daien:

Tesis restringida.

Primer argumento, la coma:

El primer argumento, que Peco define como gramatical, sostiene que si nuestro legislador hubiera querido receptar dos tipos diferentes de abortos no punibles en el inciso 2º, entre la violación y el atentado al pudor hubiera puesto una coma –después de la palabra "violación" y antes de la letra "o", tal como lo hiciera su fuente, el proyecto de Código Penal Suizo.

Segundo argumento, la eugenesia como motivo en el Senado:

Nos dice Peco que el propósito del artículo fue puesto de manifiesto por la comisión del Senado que introdujo el inciso, y a continuación transcribe los argumentos

[21] Ob. Cit. nota 15.

tomados de la sesión parlamentaria respectiva. Ello lo lleva a sostener a renglón seguido que a su entender todos los motivos allí expresados resultan por demás claros para concluir que el único móvil que llevó a la comisión a introducir el inciso fue eugenésico, esto es, para evitar que el fruto genéticamente tarado proveniente de violaciones llevadas a cabo por desenfrenados sobre mujeres idiotas o dementes sea finalmente dado a luz. Lo que se busca es el perfeccionamiento de la raza.

Para el caso de que el legislador hubiera querido prever el aborto sentimental, dice Peco, lo hubiera puesto de manera expresa y "jamás de manera harto tangencial"

Tercer argumento, limitación expresa del inciso a mujer idiota o demente:

Dice Peco que tanto la expresión de motivos como el artículo finalmente sancionado prevén expresamente la violación o atentado al pudor sólo sobre una mujer idiota o demente, y más allá de si violación y atentado al pudor son o no la misma cosa, el sujeto pasivo debe ser por mandato expreso del legislador una mujer idiota o demente y no una mujer menor de 12 años que hubiere prestado su consentimiento o mayor de 12 años que hubiere sido forzada.

Cuarto argumento, la taxatividad de la última frase del inciso:

Dice Peco que si este artículo contuviera dos situaciones diferentes –aborto sentimental y eugenésico-, la última frase "en este caso se requiere el consentimiento del representante legal" carecería de sentido, debido a que se puede entender que se requiera el consentimiento del representante legal en los casos de mujeres idiotas o dementes y menores de 12 años, pero no en casos de mujeres casadas menores de edad, o mayores de 22 años. Concluye este autor que la única interpretación posible es la unitaria, es decir, que este artículo prevé solo el aborto eugenésico, y sobre ello da dos razones: por un lado, el texto legal dice "en este caso", lo que da idea de unidad, y en segundo lugar, porque se requiere el consentimiento del representante legal, ergo, la mujer debe ser incapaz, es decir, "idiota o demente" en la terminología del Código.

Quinto argumento, la especificidad de los términos utilizados:

Sostiene Peco que si el legislador hubiese querido prever el aborto eugenésico y el sentimental, no se hubiera andado con tantos rodeos y hubiera escrito expresamente "si el embarazo proviene de una violación" y con ese enunciado genérico abarcaba la violación a todas las mujeres, mayores y menores, y no sólo a las mujeres dementes o idiotas, como sí enunció finalmente. Por ende, reflexiona este autor, que si en vez de optar por el enunciado genérico "si proviniese de violación" lo hizo por el específico "si proviniese de una violación o atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente" fue porque decidió especificar una de las tantas hipótesis posibles, para en esa sola decidirse por la no punibilidad de la conducta, manteniendo el reproche en las demás.

Sexto argumento, la exclusión del estupro:

Siempre siguiendo las consideraciones de Peco, podemos ver que éste autor sostiene que si el legislador quiso excluir de pena ciertos casos de aborto fue por puras razones eugenésicas, debido a que si las razones sentimentales hubieran gravitado en su voluntad para redactar este artículo, no se entendería porqué incluiría todos los casos de violación pero no los de estupro. Es decir que, si una mujer era víctima de uno de los delitos contra la honestidad –violación- le era posible acceder a un aborto impune, mientras que si era víctima de otro de la misma categoría –estupro- por el solo hecho de encontrarse en una franja etaria de entre 12 a 15 años, le estaba vedado. Tal incongruencia en un mismo artículo no es posible suponerla, por ende debe interpretarse de manera tal que no se produzca, y eso sólo es factible si se concluye que en la norma en cuestión solo se previó el aborto eugenésico.-

Séptimo argumento, la característica singular del término en la frase final:

Dice Peco que si se hubiera querido prever dos hipótesis diferentes, la frase final del artículo hubiera dicho "en estos casos" y no "en este caso", es decir, el plural hubiera desplazado al término singular finalmente sancionado. Ergo, si dice en este caso, lo que está significando es que todo lo anterior es en realidad un solo supuesto,

esto es “una violación o atentado al pudor sobre mujer idiota o demente” como una sola cosa, y no, una violación a cualquier mujer, y además, un atentado al pudor sobre mujer idiota o demente, pues el singular consecuente habla de la singularidad en el supuesto que le precede.

Octavo argumento, sinonimia entre “atentado al pudor” y “abuso deshonesto”:

Por último, literalmente dice Peco “la locución atentado al pudor equivale al abuso deshonesto en la ley argentina”, pues la terminología utilizada en este artículo fue tomada de la legislación francesa que habla de violación y atentado al pudor como dos cosas distintas, que traspoladas a nuestra ley son equivalentes con la violación y el abuso deshonesto incluido en el capítulo III del Libro Segundo del Código Penal bajo el rubro “Delitos contra la honestidad”, epígrafe “Corrupción y ultrajes al pudor”.

Sostiene que tanto de la violación como del abuso deshonesto, puede resultar embarazo, y por estar equiparados con la letra “o”, en cualquiera de los dos supuestos debe haberse actuado sobre mujer idiota o demente para ingresar en este artículo.

Noveno argumento, el sentido de la expresión “en este caso”:

Le pertenece a Finzi, quien interpreta que si la ley dice “en este caso” es porque habla de un único caso precedente, puesto que sino hubiera dicho “en este segundo caso” o “en este último caso”.

Por otra parte, dice Ghione, la frase sancionada finalmente reemplazó a la expresión incluida por la primera comisión del senado que versaba “si la víctima es idiota o enajenada”, por ende corresponde darle el mismo sentido. Aunque no podemos dejar de decir que este argumento redunda sobre lo que versa el que señalamos como séptimo.

Décimo argumento, el espíritu legislativo:

Le pertenece a Daien, quien dice que de la lectura y espíritu de los artículos del código penal respecto "al delito de aborto y otros atentados contra la honestidad", sólo puede colegirse que se desprende de ellas un criterio restrictivo con respecto a su impunidad, y concluye que su intención es punitiva y represiva en toda su amplitud, considerándolo aún como un delito agravado.

Luego de adherir e intentar ampliar estas razones, Nuñez, Oderigo y Ghione, adscribiendo a esta teoría restringida, dicen que hay un caso en que el abuso deshonesto puede causar un embarazo, es decir, que haya una concepción sin penetración carnal, y es lo que los especialistas en medicina legal –Gisbert Calabuig, Nerio Rojas, Roberto Ciafardo, Miguel Angel García Olivera y Miguel Angel Maldonado- denominan "seminario inter femora" o –Lacassagne- "coito perineal o externo", esto es la eyaculación que, sin acceso carnal, es proyectada y alcanza la zona vaginal, produciendo la concepción, aunque reconocen que esta posibilidad sea estadísticamente despreciable.

Tesis Amplia.

Respuesta a los 10 argumentos anteriores:

La denominada tesis amplia, si es que puede designarse de manera singular, es la que sostiene que en el inciso 2º del artículo 86 del C. P., lo comprendido como no punible se trata de dos supuestos diferentes, la violación a cualquier mujer –aborto sentimental- y el atentado al pudor sobre mujer idiota o demente –aborto eugenésico-. Como su aparición fue posterior a la visión restringida, las primeras razones que la sustentaron fueron respuestas a los argumentos anteriormente enunciados, pues veamos cuáles fueron.

Respuesta al primer argumento:

Dice Jiménez de Asúa que no es una incorrección sintáctica u ortográfica no poner coma entre la "y" copulativa o la "o" disyuntiva, lo que se puede hacer cuando se señalan períodos, pero ordinariamente no van precedidas de comas, salvo que se trate de

más de dos opciones, como en el texto suizo tomado de fuente por nuestro legislador, ya que en aquél texto se indicaba "violación, atentado al pudor…o incesto", por lo que en el texto de nuestro código no lleva coma porque sólo enuncia dos hipótesis.

Respuesta al segundo argumento:

Jiménez de Asúa, Molinario y Fontán Balestra, sostienen que si bien los fundamentos de la comisión del senado que introdujo el texto son en su mayoría referidos a cuestiones eugenésicas, en el último párrafo se hace alusión a las mujeres belgas que eran violadas por los soldados ebrios, desenfrenados o delincuentes, lo que da cuenta de que ellas mal podrían estar obligadas a soportar el cargo de un hijo del desenfreno, sin interesarle al legislador la tara o no de esa criatura, en suma lo que funda tal previsión es la comprensión en este artículo del aborto por motivos sentimentales.

Respuesta al tercer argumento:

Básicamente, para esta respuesta también son válidas las razones expuestas en la anterior, ya que poco interesa a los fines de la no punición que la mujer sea menor de 12 años que ha prestado su consentimiento o mayor de esa edad y haya sido forzada.

Respuesta al cuarto argumento:

Leyendo literalmente el artículo, y pensándolo como recipiente de dos hipótesis –violación de cualquier mujer y atentado al pudor sobre mujer idiota o demente-, dice Jiménez de Asúa, el texto no pierde sentido, puesto que es únicamente para el segundo supuesto que el legislador exige el consentimiento del representante legal –atentado al pudor sobre mujer idiota o demente- a la que es equiparable por incapacidad legal la menor de edad, ya que la mujer adulta no necesita tal representación. La referencia "en este caso" no hace más que aludir al último caso del enunciado que le precede, no es desacertado ni erróneo lógica y semánticamente interpretarlo así.

Ghione dice que el legislador no puso gran cuidado en la redacción de este inciso puesto que tampoco sería admisible legalmente que en todos los casos de mujeres idiotas o dementes se exigiera el consentimiento del representante legal, puesto que siéndolo en la época de la violación ella puede haber recuperado la razón y la capacidad al momento del aborto.

Respuesta al quinto argumento:

Mas allá de lo que debió haber escrito el legislador para que queden normados con más claridad los supuestos comprendidos en el inciso en cuestión, señala Ramos que lo que hizo el legislador fue producto de un descuido, al copiar un texto extranjero y "no saber qué era lo que se copiaba", confundiendo términos, e incorporando uno que era extraño a nuestra legislación "atentado al pudor" como equivalente de "abuso deshonesto".

Sin embargo, ello no puede resultar óbice para interpretar que las hipótesis comprendidas son dos: "violación" y "atentado al pudor sobre mujer idiota o demente".

Respuesta al sexto argumento:

La refutación al sexto argumento de la tesis restringida reside en que si bien se omitió incluir expresamente al estupro en la no punición de este inciso, también se omitió el caso de acceso carnal no forzado a mujer menor de 12 años edad, e igualmente está comprendida dentro de la violación, por lo que teniendo en cuenta la fundamentación del supuesto -evitar los abusos de desenfrenados, borrachos y delincuentes- ambos deberían considerarse incluidos.

Respuesta al séptimo argumento:

La respuesta a este ya fue analizada precedentemente al momento de la réplica al cuarto argumento.

Respuesta al octavo argumento:

Respecto del tópico analizado en esta respuesta, se ha dicho que no es posible la sinonimia "atentado al pudor" del código suizo con el "abuso deshonesto" de nuestra legislación, puesto que son conceptos que comprenden situaciones típicas diferentes, ya que el primero de ellos exige acceso carnal mientras que el segundo no. Al ser traspolada la cópula desde Suiza a nuestro Código, según Jiménez de Asúa "sin siquiera leer el texto suizo", tomándolo de su libro "La Política Criminal en las Legislaciones Europeas y Norteamericanas", los legisladores confundieron los conceptos como si se tratara de sinónimos, lo que no es así por lo apuntado. Nos enseña el profesor nombrado que el concepto "atentado al pudor" es parcialmente sinónimo de "violación", puesto que en la fuente de nuestro código, con tal concepto se sindica la hipótesis de violación pero sólo sobre mujer idiota, demente o incapaz de resistencia, por lo que en nuestra ley debe interpretarse de igual manera.

Respuesta al noveno argumento:

La respuesta a este argumento ya fue explicada al momento de la réplica del cuarto argumento.

Respuesta al décimo argumento:

En esta oportunidad responde el mismo Ghione, diciendo que, primeramente el aborto no es un delito contra la honestidad sino contra la vida, por lo que la legislación respecto de aquéllos sería irrelevante para sacar conclusiones respecto de este último; en segundo término advierte sobre que el aborto no es un delito agravado sino que es autónomo; y en tercer lugar, señala que no parece acertado hablar de severidad legislativa cuando el delito de aborto está regulado en solo cuatro artículos y se prevén cuatro eximentes según la doctrina amplia y tres para la restringida.

Jiménez de Asúa, quien ha encabezado cronológicamente la defensa de la tesis amplia trae a colación que los comentaristas helvéticos al analizar la norma que le sirvió de fuente a nuestro legislador, hablan de incesto en que el motivo de la no punición es

de origen étnico, de atentado al pudor en que el motivo será más en interés de la raza, y la violación strictu sensu en que el motivo es sentimental. Y concluye, que el proyecto suizo, amén del incesto, para los doctrinarios helvéticos incluye los abortos terapéuticos, sentimentales y eugenésicos, por lo que el nuestro debe interpretarse de igual manera ya que fue su fuente directa.

La "interpretación verdadera del art. 86, inciso 2º" según Julio E. López Lastra:

Este autor en un opúsculo de 1962[22] luego de hacer un relevamiento de los argumentos en pro y en contra de la inclusión del aborto sentimental en el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal ensaya una interpretación propia que considera la verdadera por su sistematicidad. En su análisis se mueve siempre dentro de la literalidad del artículo y vincula sus términos con otros artículos con los que se relacionan los conceptos que este en examen contiene.

Sostiene que ante la frase final "El consentimiento del representante legal" deja perdidosos a los partidarios de la tesis pluralista o amplia, puesto que no se puede conjugar de ninguna manera con el artículo 119, ya que sino se estaría dejando afuera a mujeres violadas mayores de edad que no tienen representante legal[23].

En segundo término, dice que al sistematizar la frase "en este caso" encuentra que en el código aparecía en los artículos 144, 174, 215, 82, haciendo alusión a inciso, y en los artículos 26, 204, 123 y 124 haciendo mención a delito o figura delictiva, pero en ninguna oportunidad aparece aludiéndose con "caso" a una hipótesis o elemento de un inciso, sino siempre a su completitud. Por ende, cuando se lee "en este caso" en el artículo 86, debe entenderse "en este inciso", lo que lleva a excluir el aborto sentimental, puesto que al decir "en este inciso el consentimiento del representante legal…" dejaría afuera a las mujeres sin representante legal.

---

[22] López Lastra, Julio E. "Interpretación "sistemática" del art. 86 inc. 2º del Código Penal (¿Deben continuar los debates doctrinarios por el "aborto sentimental" y los métodos superados por la "Teoría de la Interpretación?)". Revista Jurídica Argentina La Ley, Nº 107, Julio-Setiembre 1962, pág. 1112/1134.
[23] Ob. Cit. nota anterior, pág. 1128.

Ergo, sólo la mujer idiota o demente tiene protección en este artículo, siguiendo estas dos primeras conclusiones.

En la tercera base sistemática que él denomina "contextual", explica que el artículo en análisis tiene el mismo régimen "simbólico-expresivo" que el artículo 132 del Código Penal, por lo que los términos utilizados en uno y otro artículo deben significar lo mismo, y eso sólo es posible desde una teoría monista o restringida del artículo 86, inciso 2º, puesto que si se lo hace desde la opinión opuesta, se lleva a decir al artículo 132 sinsentidos tales como aceptar la bigamia, ya que debería leerse en el 132 por separado cada uno de los supuestos sin importar si en uno u otro caso la mujer es casada o no, y luego exime de pena al casarse con ella el autor. En vez de ello, todos los términos deben interpretarse relacionados y conformando un conjunto de supuestos sobre una mujer con determinadas características para caer dentro de la previsión. Ergo, en el 132 la mujer sólo puede ser soltera y en el 86, inciso 2º, idiota o demente, únicamente.

En cuarto lugar, analiza López Lastra las dos funciones de ligamen reversible y no reversible de la conjunción "o" sistemáticamente. Así, sostiene que esa conjunción "o", sin coma previa, en la lógica "simbólico-expresiva" del código, es un ligamen entre dos términos equivalentes y reversibles, y que por ello no pierde sentido la expresión total, tal es así que los términos ligados se reemplazan entre sí. Aclara, "en ningún precepto aparece como separativa o escindente de ideas independientes en el mismo inciso".

Ejemplifica esa conclusión con los artículos 108 "perdido o desamparado", 95 "riña o agresión", y 79, 90, 91 y ss. "reclusión o prisión".

Por ello afirma que las locuciones "violación" y "atentado al pudor" vinculadas por la "o" en el inciso en análisis, se reemplazan y pueden trocarse sin que la expresión total se vea torcida, por lo que son términos equivalentes y reversibles, y no dos locuciones escindidas que supongan dos ideas completas distintas, al modo de "violación sobre mujer sana" y "atentado al pudor sobre mujer idiota o demente", tal

interpretación es sistemáticamente errónea en el código, "no corresponde a los símbolos expresivos que este usa. Es arbitraria y repugna al sistema penal.[24]".

Explica luego que la "o" con la coma previa sí separa términos, sí tiene una función disyuntiva, ejemplificando con los artículos 190, 143, inciso 5º, y 186, inciso 2º.

En quinto lugar, critica a Soler y sostiene que el artículo en análisis usa un símbolo de significado unívoco de indeterminación y así dice "*un atentado al pudor"* lo que denota uno entre varios posibles, y no dice *"del atentado al pudor"* lo que sí referiría a un solo supuesto posible, por ello Soler está en error al colegir que esa expresión remite únicamente al abuso deshonesto del 119, inciso 2º.

Entiende López Lastra que la indeterminación propia de la terminología utilizada no permite la sinonimia de esta expresión "un atentado al pudor" con un solo delito de la parte especial, y en todo caso, como toda la enunciación del inciso es el "hecho antecedente" del precepto y que el embarazo es la consecuencia, ello puede derivarse de una multiplicidad de conductas que pueden encontrar acogida en más de una norma de la parte especial, entendiendo posible por ejemplo, el embarazo sin penetración, también llamado coito externo o perineal, o coito inter femora.

Concluye por último, que su interpretación de acuerdo a las bases sistemáticas dadas, lleva a ampliar "la casuística eugenésica, por vía inédita e inesperada, para la calificada "tesis restringida" (monista)"[25].

El protagonismo de Sebastián Soler en esta primera etapa:

El profesor de Córdoba, Sebastián Soler, es quien recibirá la bandera de la tesis amplia de manos de Jiménez de Asúa y la portará hasta nuestros días, no sólo adhiriendo a los argumentos de su predecesor sino ensayando los propios, con tanta claridad y elocuencia, que suscitó la adherencia de una mayoría tan calificada, tanto en doctrina como en los legisladores, que llevó a que en 1968 se concretara en la reforma del inciso.

---

[24] Ob. cit. nota 22, pág. 1130.
[25] Ob. Cit. nota 22, pág. 1133.

Este autor analiza que en realidad el problema de la interpretación "atentado al pudor", como ya lo dijimos anteriormente, se produjo al traspolarlo a nuestra legislación, siendo traducido por Gómez y González Roura como abuso deshonesto, haciéndole decir a la ley "un contrasentido tan violento como el de suponer un embarazo por un acto que excluye el acceso carnal". Tal confusión se debió a que no se tuvo en cuenta que el término alemán *Schändung* se tradujo como *attentat d la pudeur d'une femme idiote, alinée, inconsciente ou incasable de résistence* en el derecho francés. Pero en el derecho alemán existían dos tecnicismos distintos para designar a la violación por la fuerza –*Notzucht*- y para la violación sobre una mujer idiota –*Schändung*-, palabra ésta última que en realidad debía traducirse como profanación.

Si bien no se agotan aquí los argumentos que se han vertido a favor de una y otra postura, hemos reseñado los más importantes hasta la reforma del artículo, que dio por tierra con la tesis restringida, erigiendo en ley de la mano de Soler, a la amplia. Como no es el objetivo de este trabajo ser exhaustivo respecto de estos tópicos, daremos por concluido el recorrido por las argumentaciones en esta primera etapa y pasaremos a la segunda, para luego ensayar un nuevo argumento propio y proseguir con el desarrollo del análisis para ya entrar en el ámbito de la tipicidad que consideramos el meollo del presente aporte.

Segunda etapa: desde la derogación de la reforma Soler en 1984 hasta la actualidad:

Como dijéramos anteriormente, con la derogación de la ley nº 21.338 por parte de la nº 23.077, el 27 de agosto de 1984, se restablecieron las reformas introducidas al Código Penal entre las que se encontraba el inciso que nos convoca, por lo que su redacción volvió a ser la misma que fuera aprobada en su sanción de 1921.

Ya desde antes, pero fundamentalmente a partir de estos años en que la discusión en torno a los supuestos comprendidos en el inciso 2º del Código Penal Argentino, resucitó con todas sus fuerzas, los abanderados de las tesis amplia y restringida, fueron respectivamente los profesores Sebastián Soler y Ricardo Nuñez,

respectivamente, aunque casi todos los autores que han escrito sobre este capítulo del derecho penal, se han pronunciado al respecto.

Ante tal situación, y por no considerar de fundamental importancia para el fondo de este trabajo, como ya lo aclaramos en su momento, repasaremos sólo algunas de las posturas más relevantes que fueran vertidas desde 1984 hasta la actualidad.

Veremos a lo largo de la reseña de esta segunda etapa, que si hubiéramos atendido a la fecha de las originarias publicaciones más importantes de los primeros cuatro o cinco autores que relevaremos, correspondería haberlos incluido en la etapa anterior, pero la importancia que las reediciones y actualizaciones de sus textos han obtenido en la doctrina nacional opinante en este segundo período y la casi automática remisión a ellos en la mayoría de los textos publicados, nos ha llevado a incluirlos aquí, aunque las consideraciones que vierten son válidas también para aquél primer momento de la discusión que traemos a colación. Aclarado ello, veremos las principales posturas en torno al tópico que nos ocupa.

Lo dicho por Sebastián Soler:

La postura de este profesor de Córdoba ya la hemos expuesto en reiteradas oportunidades a lo largo del presente opúsculo, incluso en el parágrafo precedente, por lo que huelga entrar en su consideración nuevamente.

Queda sólo decir que, básicamente, Soler sostiene que el inciso 2º del Código Penal Argentino prevé como causa de justificación los abortos causados en las circunstancias descritas en él, que provengan de embarazos productos de violación, genéricamente hablando, es decir, sobre cualquier mujer –llamado aborto sentimental-, y además los que provengan de embarazos por atentados al pudor que tengan lugar sobre mujer demente o idiota –llamado aborto eugenésico-.

Señala este autor en relación al término atentado al pudor que, al no encontrarse vinculado histórica ni doctrinariamente con nuestro derecho, debe dársele el contenido que tiene en la fuente de la cual proviene y no identificarlo con alguno de los términos que aquí sí existen, forzando así su comprensión, como se lo ha hecho por ejemplo entre atentado al pudor y abuso deshonesto, “haciéndole decir a la ley un

contrasentido tan violento como que un embarazo provenga de un acto que excluye el acceso carnal", como sentencia Soler.

La postura de Ricardo C. Nuñez:

Este autor sostiene que el aborto autorizado por nuestro Código Penal es sólo el eugenésico, es decir, el que tiene por fin el perfeccionamiento de la raza[26], por lo que el aborto sentimental, esto es, "el consentido por la mujer sana de mente que concibió en un acto de violación, no está comprendido".

Dice que la mujer idiota o demente debió haber concebido en un acto de violación o en uno de atentado al pudor, no bastando con que la mujer se vuelva idiota o demente luego del hecho, pues para que sea alcanzada por la justificación del artículo 86 inciso 2º, debió serlo al momento de cualquiera de aquellos dos actos. El código no exime a quien no era idiota o demente al momento del hecho que le generó la concepción.

Sindica que la violación referida en ese inciso es la del artículo 119 del Código Penal y el atentado al pudor privado es el abuso deshonesto del entonces artículo 127; y explica que la obstinación en no pensar en la posibilidad de un embarazo artificial deshonestamente realizado, ha conducido a los autores a una discusión en la que una parcialidad, alterando los términos claros de la ley, entiende comprendido en este inciso al aborto sentimental.

Aclara que para que la justificación que trata entre en juego, no es necesaria la declaración judicial de idiocia o demencia, y que si la mujer con alguna de esas patologías se recuperó al momento de la práctica abortiva, o se encuentra en un intervalo lúcido, podrá consentir el aborto, de lo contrario, su representante legal lo hará, aunque para todo esto no se requiere formalidad específica alguna.

Es esa la única interpretación posible a criterio de Nuñez.

---

[26] Nuñez, Ricardo C. "Tratado de Derecho Penal. Parte General." Tomo I. Editorial Marcos Lerner. Córdoba, 2ª reimpresión, agosto de 1987, pág. 390 a 392.

La posición de Alfredo J. Molinario:

En su texto "Los Delitos", este autor adscribe a la postura de Luis Jiménez de Asúa y Juan P. Ramos, que denomina bivalente, es decir, que el artículo 86 inciso 2º del Código Penal Argentino, prevé la no punibilidad de los abortos causados en embarazos provenientes de violación sobre cualquier mujer –sentimental- y de atentado al pudor sobre mujer idiota o demente –eugénesico-, y esto surge de los términos en que se expresó la comisión del Senado que introdujo el artículo[27], aclarando que de hecho en la segunda guerra mundial se autorizó a abortar a mujeres sanas, de las regiones invadidas, que fueron violadas por soldados invasores, y fue eso lo que sirvió de fundamento al artículo 112 del anteproyecto suizo, el que a su vez se convirtió en fuente directa para nuestro legislador, circunstancias plasmadas en el último párrafo de la motivación parlamentaria respectiva.

Dice además, que de esa argumentación del legislador, surge que la sociedad no puede obligar a la mujer a soportar la carga de una maternidad a la que ella no ha concurrido con su consentimiento y que ha tenido su origen en un hecho que la tiene como víctima. Concluye que en esto hay razones de respecto a la libertad de la concepción que no son menos importantes que las eugenésicas.

Su actualizador, Eduardo Aguirre Obarrio incluye en la nota nº 124 otro tópico[28] en respuesta al argumento de que la postura univalente de este inciso es la correcta, entre otras cuestiones, porque lo que está en juego es la vida y el derecho a ella del no nacido. Dice que "el derecho permite y justifica matar al violador y al asaltante, al secuestrador o al ladrón. Lo que sucede no porque la honestidad, la libertad o la propiedad sean más importantes que la vida, sino porque son atacados ilegítimamente. Es decir que, jurídicamente, más importante que la vida, es el derecho a no ser agredido. Esto significa que, dadas ciertas circunstancias, el Derecho, siempre y en todas partes, permite o tolera el sacrificio de una vida". Sobre estas cuestiones volveremos más adelante.

---

[27] Molinario, Alfredo J "Los Delitos". Actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio. Editorial TEA. Bs.As. 1996, Tomo I, pág. 215 a 217.
[28] Ob. Cit. nota anterior, pág. 217

Lo dicho por Carlos Creus:

Este autor, ampliamente citado en nuestros días por Tribunales de todas las latitudes y competencias de nuestro país, respecto del tópico que nos concierne sostiene que, si bien en vigencia de la reforma introducida por la ley 21.338 al artículo 86, inciso 2º, de nuestro Código Penal, se encontraba impune el aborto sentimental, al derogarse esta redacción y recobrar vigencia la original, se volvió al estado anterior de cosas respecto de los supuestos no punibles, esto es que, "el texto ahora vigente declara la impunidad del aborto practicado en las circunstancias típicas, sobre una mujer *idiota o demente* exclusivamente. Estamos, pues, frente a la impunidad del llamado *aborto eugenésico*..."[29].

Dice Creus que los argumentos de la tesis amplia no resisten la consideración de que la expresa designación de la ley indica como único sujeto portador del embarazo con permiso para interrumpirlo por el aborto, impunemente, es la mujer idiota o demente, y no otra que no reúna alguna de esas características. Y agrega, en coincidencia con Nuñez, que para que opere la excusa por autorización legal, la mujer debe haber concebido estando en esas condiciones mentales.

Agrega por último, que las consideraciones vertidas en torno a que el embarazo sólo puede provenir de una violación revelan falta de imaginación en sus autores, debido a que no sólo dejan afuera de la previsión al estupro sino también a todos aquellos casos en que el embarazo proviene de una actividad ilícita que pueda catalogarse como atentado al pudor aunque prescinda del acceso carnal, ejemplifica con la inseminación artificial directa o la implantación de óvulos fecundados en contra de la voluntad de la mujer o sin su consentimiento. El avance tecnológico del siglo XX sin duda ha influido en las consideraciones de este autor.

La postura de David Elbio Dayenoff:

Trae a colación lo que sostenía el profesor Mario Oderigo, por lo que sostiene que son dos los casos previstos en el inciso 2º del artículo 86, la violación -que exige

[29] Creus, Carlos "Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I". 6ª edición actualizada y ampliada. 2ª reimpresión. Editorial ASTREA. Bs. As. 1999, pág. 63.

cópula-, y el atentado al pudor -que no la exige-; y aclara que "la falta de cópula no excluye la posibilidad de embarazo"[30].

Explica que si bien son dos las hipótesis previstas en el inciso, ambas tienen una nota común, y es que la mujer que concibe debe ser siempre, y exclusivamente, una mujer idiota o demente, por lo cual queda excluido de la impunidad el aborto sentimental.

La posición de Carlos Fontán Balestra:

Dice este autor que de la sola lectura del inciso, surge claramente que el legislador con los términos violación y atentado al pudor quiere legislar dos supuestos distintos, pero se pregunta si en ambos el sujeto pasivo debe ser una mujer alienada o si éste requisito lo es sólo para los casos de atentado al pudor.

La respuesta que ensaya es adherir a la opinión de, entre otros, Ramos, Jiménez de Asúa, Molinario y Soler[31], cuyas posturas ya hemos reseñado, por lo que concluye que el inciso 2º del artículo 86 del Código Penal Argentino prevé el aborto sentimental, referido a cualquier modalidad de la violación, y el aborto eugenésico, exclusivamente para el caso de la mujer idiota o demente.

Explica que la única interpretación lógica es la que sostenía que con la frase "atentado al pudor sobre mujer idiota o demente" se quería significar la violación de una mujer privada de razón, captada por la primera parte del entonces inciso 2º del artículo 119 (tercer párrafo, en función de uno de los supuestos posibles del primer párrafo, in fine, del art. 119 reformado por ley 25.087.). Ergo, se prevé la violación por un lado, cualquiera sea la característica del sujeto pasivo, y el atentado al pudor –o violación sobre mujer idiota o demente- por el otro.

Adhiriendo a que las confusiones se debieron a la traducción al castellano de conceptos extraños a nuestro derecho, aclara por último que, además de lo ya dicho por Soler respecto de los términos Schändung y Notzucht, "la misma inclusión de los casos

---

[30] Dayenoff, David Elvio "Código Penal. Concordancias. Comentarios. Jurisprudencia. Esquemas de defensa". 5ª edición reformada y actualizada. Bs.As., 1996, pág. 194.

[31] Fontán Balestra, Carlos "Derecho Penal. Parte Especial" Actualizado por Guillermo A. C. Ledesma. Decimosexta edición actualizada. Editorial Lexis Nexis-Abeledo Perrot. Bs. As. 2002, pág. 84.

de mujer *inconsciente o incapaz de resistir*, en el proyecto suizo, denota que se preveían allí las otras hipótesis del derogado art. 119, inciso 2º (ahora 119, primer párrafo, *in fine*, en función de la conducta típica descripta en el tercer párrafo y agravada en el cuarto) y, por tanto, también el aborto sentimental".

Lo sostenido por Lucila Larrandart:

Dice esta autora que para la interpretación que se refiere a que la autorización del inciso 2º del artículo 86 del Código Penal, comprende todo caso de que un embarazo provenga de una violación, si se admite que se está refiriendo a todos los casos de violación, propia e impropia, sólo se trataría del llamado aborto sentimental (o ético en la terminología de Francisco Muñoz Conde), y tal fundamento resulta sustentable[32] .

Concluye que más allá de las fuentes que originaran las normas de nuestro código, es preciso realizar una interpretación sistemática. Así, al hablar el inciso 2º del artículo 86 de "violación" no puede considerarse superabundante la utilización del legislador de este término, que es normativo en su contenido y que remite al artículo 119 que en ese entonces tipificaba tanto la violación propia como la impropia, "ya que los fundamentos son los mismos, excepto que se sostengan argumentos de contenido racista o discriminatorio para fundamentar la autorización"[33]

La postura de Edgardo Alberto Donna:

Este autor reconoce que la postura de Soler es quizá la de mayor peso para guiar la interpretación del artículo 86, inc. 2º, del C.P., pero no obstante ello realiza una interpretación distinta, de acuerdo a su concepción dogmático-penal particular, dice que "aunque no se hubiera previsto por la ley, la mujer que ha sido violada y aborta entraría en una causa de no exigibilidad de otra conducta. El Derecho no puede exigir héroes. De esta forma juega como causa que excluye la atribuibilidad, *tal como lo hemos sostenido en nuestro libro,* basado en criterios de prevención general. Adviértase que

[32] Baigún, David; Zaffaroni, Eugenio Raúl dirección; Terragni, Marco A. coordinación "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial" Tomo 3. 2° edición. Arts. 79/96 Parte Especial. Marcela De Langhe supervisión. Editorial Hammurabi. Bs. As. 2010, pág. 863.
[33] Ob. Cit. Nota anterior, pág. 864.

quien aborta, en esas condiciones, no tiene una posición contraria al Derecho. Es más, en situaciones normales es seguro que esta mujer no abortaría" (el resaltado nos pertenece)[34]

En ese otro libro al que hace referencia Donna, explica que una de las causas que excluyen la atribuibilidad de la conducta es "…la ya conocida teoría de la no exigibilidad de otra conducta (Unzumutbarkeit), en la cual, frente a un hecho que es antijurídico -es decir, en el cual la norma jurídica no pierde su vigencia, como ocurre en las causas de justificación-, la conducta de acuerdo con la norma no será exigida, atento a las circunstancias en que se desarrolla."[35], por lo que comprendido o no en la literalidad el aborto sentimental, a criterio del profesor Donna igualmente su conducta no sería punible.

La postura de Andrés Gil Domínguez:

Este autor en la obra que conformó su tesis doctoral en el año 2000, con cita de Soler sostiene que el inciso 2 del artículo 86 del Código Penal dispone la no punibilidad de todos los casos de violación enunciados en el artículo 119 del mismo texto legal, y no sólo los casos en que la mujer víctima sea idiota o demente.[36]

La conclusión de Marcos Edgardo Azerrad:

Este autor en su libro de recientísima data[37], el último que hemos podido encontrar con un estudio acabado del tema "aborto" en sentido jurídico dogmático, parlamentario y jurisprudencial, nacional y comparado, luego de hacer un análisis histórico del tópico, incluso merituando los vericuetos y contradicciones que han

---

[34] Donna, Edgardo Alberto "Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I". Rubinzal Culzoni Editores, 3ª edición actualizada. Bs.As. 2007, pág. 91.
[35] Donna, Edgardo Alberto "Teoría del Delito y de la Pena. Tomo 2. Imputación delictiva". Editorial ASTREA. Bs.As. 1995, pág. 191.
[36] Gil Domínguez, Andrés "Aborto Voluntario. Vida Humana y Constitución". EDIAR. Bs. As. 2000, pág. 137.
[37] Azerrad, Marcos Edgardo "Aborto. Despenalización o no un debate necesario". Ediciones jurídicas Cuyo. Mendoza 2008, ya citado en la nota 3.

originado los términos utilizados en el texto del artículo 86 inciso 2º, se pregunta si en nuestro código el aborto está permitido en caso de violación, y adscribiendo a las consideraciones que en su momento realizara el profesor español Jiménez de Asúa, responde: "Nosotros sostenemos sin ninguna clase de hesitación que la norma es suficientemente clara e inequívoca: se trata de un texto que permite el aborto para la mujer violada en general, sea o no incapaz."[38].

Y agrega en aval de su postura, que aún cuando la técnica utilizada por el legislador sea deficiente o de mala formulación narrativa, en caso de duda, siempre debe estarse a favor de la autonomía de los ciudadanos, es decir, de su no punición.

Las aseveraciones de Mario Santiago Strubbia:

Este profesor argentino en su obra sobre el tema[39], al tratar el llamado "aborto sentimental" dice que la postura del constitucionalista Bianchi en su libro "En contra del aborto" es una de las más precisas y acertadas[40], por lo que a él se remite. En ese texto se dice que el aborto no borra ni hace olvidar el episodio de la violación que genera el embarazo, como así tampoco quita ninguna de sus consecuencias físicas y/o psíquicas, por lo que no se trata de una solución como se lo quiere hacer ver, y por el contrario en vez de restaurar alguno de los daños ocasionados, lo único que produce es la eliminación del ser en gestación. Concluyendo por último, que en todo caso la mujer podría dar en adopción a su hijo al culminar el embarazo en vez de eliminarlo antes.

Strubbia agrega algunas consideraciones propias en contra de la comprensión del aborto sentimental en el inciso 2º del artículo 86, como que es altamente improbable que de una violación se genere un embarazo, que no es una conducta ética provocar una injusticia para sanear o purgar otra, y que tanto en el orden legal y constitucional, la vida se encuentra protegida desde la concepción, por lo que no debe considerarse este

[38] Ob. Cit. nota anterior, pág. 132.
[39] Strubbia, Mario S. "Aspectos constitucionales del aborto". Nova Tesis Editorial Jurídica. Rosario, 2006.
[40] Ob. Cit. nota anterior, pág. 137.

supuesto comprendido en el artículo, y si se interpreta lo contrario se "trasunta el diseño de un tipo penal innegablemente inconstitucional"[41].

Respecto de los casos denominados "abortos eugenésicos", que este autor llama también "aborto por malformaciones", citando la legislación española y en la línea de pensamiento de Jubany y Bianchi, quines analizan la vida y los derechos de las personas con malformaciones o disminución mental, y sus aportes a la vida en sociedad, sentencia: "la concatenación sistemática y coherente de esta "lógica" letal anidada en la médula de propuestas como las del "aborto por malformaciones fetales", puede conducir, y conduce ineluctablemente, de facto y de iure, a la instauración de un mundo donde el espíritu de fraternidad y el amor se verán reemplazados por una funesta y desvastadora "cultura de la muerte", generadora de una civilización donde el hombre será un lobo para el hombre"[42]

[41] Ob. Cit. nota 35, pág. 138/139.
[42] Ob. Cit. nota 35, pág. 143/144.

CAPÍTULO 3.

INTERPRETACIÓN DESDE UNA LÓGICA ACOTANTE DEL PODER PUNITIVO

Constitucionalidad del artículo 86, inciso 2° del C.P.

De manera previa al ingreso de la descripción de la interpretación que ensayaremos, y su marco teórico, traeremos a colación unas pocas consideraciones respecto de la constitucionalidad del inciso en análisis, aunque no nos extenderemos demasiado en esta cuestión, puesto que entre otros autores, lo ha abordado exhaustivamente el profesor Andrés Gil Domínguez[43] y también ha efectuado un aporte el Dr. Hernán Gullco[44], conclusiones generales que compartimos, y a las cuales remitimos para su estudio acabado, aunque debemos aclarar que no compartimos las consideraciones en torno a lo estrictamente dogmático penal del tipo de aborto, en general, y de los casos no punibles, en particular.

Sí compartimos que la Constitución Nacional post 1994, no ordena punir los casos de aborto en todas sus variantes, ni siquiera manda a utilizar la potientia puniendi estatal para resolver los conflictos sociales que enmarcan situaciones que conducen a una decisión abortiva, y esto lo tomamos de la tesis doctoral de Gil Domínguez ya citada, donde el autor hace una encuesta a los doctrinarios constitucionalistas y penalistas más relevantes y sólidos de nuestro país y concluye, entre otras cosas, que si bien la vida, desde la concepción, merece tutela constitucional, el sistema penal no es la

---

[43] En su obra "Aborto Voluntario. Vida Humana y Constitución". EDIAR. Bs. As. 2000; y en su trabajo "Aborto voluntario: la constitucionalización de la pobreza", LA LEY 1998-F, 552.

[44] En su trabajo ¿Es inconstitucional el Art. 86, inc. 2, del Código Penal? Revista Doctrina Penal. Editorial Depalma. Bs. As. 1988. Sección Jurisprudencia (Notas a fallos), págs. 497 a 501.

única vía de protección de bienes jurídicos, es más, no es la más eficaz; que no todo lo que está protegido constitucionalmente debe estar penalizado y generar una sanción penal, en el caso del aborto, la constitución no lo manda y esa decisión es privativa del Congreso al diseñar la política criminal del país; que no debe confundirse tutela constitucional con tutela penal.[45]

Con esto reafirma las conclusiones a que ya había arribado el autor al analizar el bloque de constitucionalidad, oportunidad en que sostuvo: "Desde el conjunto de instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, emana que el derecho a la vida está protegido constitucionalmente desde el momento de la concepción, sin que esto implique: a) que el Estado argentino esté obligado internacional y constitucionalmente, a penalizar el aborto voluntario en todo momento y en toda circunstancia, b) que el valor vida humana en formación siempre prevalece, en caso de conflicto y ponderación, sobre otros valores constitucionales de la mujer que también están expresamente incorporados a los instrumentos ubicados en el bloque, c) que el Estado argentino tiene prohibido internacional y constitucionalmente, optar por una vía de protección alternativa a la conminación penal que sea más eficaz, proporcional y necesaria que esta última."[46]

Por su parte el profesor Gullco concluye que "a) La Constitución nacional no brinda pauta alguna para afirmar que el feto deba ser equiparado a una persona nacida. Por tal razón, es imposible concluir que el art. 86, inc. 2, del Código Penal sea contrario al art. 16 de la Constitución. b) Aun cuando se aceptase dicha equiparación, no se sigue de ello un deber constitucional de sancionar penalmente al aborto."[47]

La obligatoriedad constitucional de penalizar el aborto en todos los casos es fundada por algunos autores en el artículo 75, inciso 23, de la Carta Magna, pero diremos en relación a esto, siguiendo a Germán Bidart Campos y a Víctor Bazán, entre los demás encuestados por Gil Domínguez, que dicho artículo alude a un régimen de seguridad social, integral y especial en protección de niños desamparados, o en situaciones especiales, desde la concepción, pero de ningún modo manda a la

---

[45] Gil Domínguez, Andrés "Aborto Voluntario. Vida Humana y Constitución". EDIAR. Bs. As. 2000, págs. 275 a 281.
[46] Ob. Cit. nota anterior, págs. 170 a 171.
[47] Ob. Cit. nota 44, pág. 500.

penalización del aborto, es decir, supone una opción del legislador en favor de la protección de la vida humana desde su comienzo, pero de ningún modo que esa protección debe necesariamente ser llevada a cabo mediante el sistema punitivo[48], lo dice claramente Zaffaroni "…obliga al Estado argentino a prevenir en serio el aborto y no a contentarse hipócritamente con prever una pena que nunca se aplica a nadie, mientras deteriora los servicios y el nivel de vida y fomenta los abortos. En otras palabras, implica la obligación de detener el genocidio y no la de vender la ilusión de que lo ha detenido con una ley penal inútil."[49]

Y Gil Domínguez realiza luego dos afirmaciones que consideramos de vital importancia, primero que "En el aborto voluntario, existen supuestos en donde colisionan dos valores constitucionales. Hablamos de la vida, la salud, la libertad sexual de la mujer, o bien la no imposición a la mujer y a la pareja de la maternidad de un hijo que adolece de taras. Son justamente estos conflictos los que obligan constitucionalmente al Estado, a no exigir determinadas clases de conductas: *en el aborto voluntario, al existir un conflicto de valores, el Estado no puede exigirle a la mujer que continúe con el embarazo*"[50], y en segundo lugar que "El derecho penal con relación al aborto voluntario representa un obstáculo ante la necesidad de obtener una solución eficiente al problema"[51]

Finalmente Gil Domínguez concluye "Luego de la reforma constitucional de 1994, podemos afirmar: a) que el derecho a la vida fue incorporado expresamente, b) que a partir del momento de la conformación del huevo o cigoto, hay vida humana, c) que la vida humana en formación es un valor constitucional que debe ser tutelado, d) que la protección infraconstitucional debe ser una vía necesaria, eficaz y proporcional, e) que no existe una obligación constitucional de penalizar el aborto voluntario, f) que el derecho constitucional debe contemplar situaciones de conflicto de valores que generan la imposibilidad del Estado de exigir una conducta determinada. En el aborto voluntario, existen supuestos en donde colisionan dos valores constitucionales. Nos referimos a la vida, la salud, la libertad sexual de la mujer, o bien la no imposición a la

[48] Ob. Cit. nota 45, págs. 272, 274 y ss.
[49] Ob. Cit. nota 45, pág. 274.
[50] Ob. Cit. nota 45, pág. 208.
[51] Ob. Cit. nota 45, pág. 284.

mujer y a la pareja de la maternidad de un hijo que adolece de taras. Son justamente estos conflictos los que obligan constitucionalmente al Estado, a no exigir determinadas clases de conductas."[52]

Afirmada la constitucionalidad del inciso en estudio, aún con la remisión que hemos efectuado para su estudio cabal, proseguiremos con el trabajo de interpretación que hemos emprendido.

La interpretación desde una lógica acotante del poder punitivo:

No procuraremos con el presente aporte adscribir a una o más de las consideraciones efectuadas por los partidarios de las tesis restringidas (monistas) o amplias (pluralistas), en torno al artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, como han venido haciendo los autores a lo largo de la historia, o mezclar, amalgamar o entrecruzar algunos conceptos de una vereda y de la otra, o ensayar propios, sino que entendemos que en la actual conformación del derecho argentino, con la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 y los Tratados Internacionales a ella incorporados como marco, con los avances jurisprudenciales en materia de derechos humanos, garantías constitucionales y sistema penal, con la pulsión por ahora dominante del estado de derecho sobre el de policía, no cabe otra manera de interpretar las leyes penales que no sea de una manera acotante del poder punitivo, desde una lógica contentora de la potentia puniendi del estado.

Necesario es aclarar que no se intentará una nueva interpretación de los términos del artículo, sino que se lo entenderá desde una óptica distinta, zaffaroniana, nueva, con la bandera puesta en el agnosticismo en relación a la pena de prisión entendida como solución del conflicto de fondo; y por fin entender la sistematicidad del texto o no con el resto del articulado, para así llegar a la conclusión más abierta posible constitucionalmente, y por ende que permita menos –o impida más- la selectividad propia del sistema punitivo, y se valga menos de la vulnerabilidad de los atrapados por la telaraña penal.

[52] Ob. Cit. nota 45, pág. 296.

Con todo esto tomamos decididamente partido por una dogmática penal con función práctica y no sólo descriptiva o clasificatoria, queremos decir con esto que entendemos a la dogmática penal como difusora de soluciones doctrinales y orientadora de las decisiones jurisprudenciales, pero también como instrumento de los litigantes y fundamentalmente de los legisladores. Tal como lo dice Binder "Si la dogmática penal pretende construir un "saber práctico", es porque debe asumir una función orientadora de las decisiones del conjunto de las instituciones judiciales, pero en especial de aquellas que deben preocuparse del sistema de garantías, es decir, **de hacer valer los límites impuestos al ejercicio del poder punitivo"**[53] (la negrilla nos pertenece)**.**

Para ello, será necesario hacer algunas consideraciones previas, que entendemos fundamentales para las conclusiones que obtendremos y que servirán de marco interpretativo tanto en el desarrollo como en la consideración final de esta sección del trabajo.

Como bien explica Zaffaroni[54] "la ley penal se expresa en palabras y éstas siempre dejan dudas interpretativas. El derecho penal debe exigir de los legisladores el mayor esfuerzo de precisión semántica: el juez debe exigir la máxima taxatividad legal, o sea, no la simple legalidad sino la *legalidad estricta*". En esta línea, continúa el profesor de Buenos Aires diciendo que ante la imprecisión del texto legal, al juez le quedan dos posibilidades: declarar la inconstitucionalidad de la norma, cuando no es posible ninguna interpretación posible en concordancia con la Carta Magna, o aplicar el principio de máxima taxatividad interpretativa y entender el texto en la forma más restrictiva posible del poder punitivo, puesto que si en el caso de que se intente integrar la norma para incluir la conducta en cuestión dentro de la punición prevista en el texto, se estaría utilizando la analogía penal in malam partem, prohibida constitucionalmente en nuestro país por el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Aclara el autor que seguimos, que no debe confundirse la integración analógica prohibida con la utilización de argumentos *ad simile*, y explica que "la analogía como regla de la lógica interpretativa es admisible y recomendable; lo que está prohibido es

---

[53] Binder, Alberto M. "Introducción al Derecho Penal". Editorial Ad-Hoc. 1ª ed. Bs.As. 2004, pág. 66.
[54] Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro "Manual de Derecho Penal. Parte General". 2ª edición, 2ª reimpresión. Editorial EDIAR. Bs.As. 2008, pág. 106.

hacerle decir a la ley lo que ésta no dice en razón de que la situación es análoga a la que la ley resuelve."[55]

Una cosa más antes de arribar a la primera conclusión. Debe tenerse en cuenta que la legislación penal tiene como caracteres que es discontinua y sancionadora, de lo cual resulta que, en principio, la criminalización debe ser excepcional, en tanto que la no criminalización debe ser la regla, por ende, ante las palabras de la ley, debe estarse a la interpretación más restrictiva del poder punitivo que ellas permitan. Aunque también debe tenerse en cuenta que el *debe ser* por definición es un *ser que no es*.

Con lo dicho en los párrafos precedentes, con la recreación histórica del artículo 86, inciso 2º de nuestro Código Penal, y las múltiples interpretaciones que se han ensayado a su respecto, nos parece lo más adecuado tomar posición por la llamada tesis amplia o pluralista, debido a que es la más restrictiva desde el punto de vista de la habilitación de poder penal. Ello es así porque al interpretar un texto que declara conductas como "no punibles", lo hacemos de manera tal que permita el ingreso en sus términos de la mayor cantidad de hipótesis posibles, ya que de esa manera escapan a la habilitación de la potentia puniendi estatal conductas que de hacerse una interpretación literal y conforme las tesis restringidas del articulado, ingresarían en la punición, extendiéndose esta de manera irracional.

El resultado del tipo como el que proponemos, es al que debe arribar la dogmática penal, y será un problema de política criminal y de los encargados de diagramarla si los casos de aborto que se han puesto en cuestión deber ser punidos o no.

Desde el punto de vista dogmático penal debe propenderse por extender hasta lo constitucionalmente posible las "exenciones de pena" previstas en el Código Penal debido, entre otras cosas, a que el resultado final de la punición en nuestras latitudes es, como lo dice Binder, "…que a un ser humano se lo deposita en una cárcel que lo degrada más allá de lo imaginable. Poner límites a *esa arbitrariedad, y no a una abstracta,* es la función práctica que debe retomar con fuerza la dogmática penal, abandonando la idea de *corpus*, que finalmente tiene tintes moralistas, reconociendo las diferencias entre el análisis político criminal y su propio trabajo, abandonando el saber

[55] Ob. Cit. nota anterior, pág. 107.

burocrático y los "guetos" de autosatisfacción intelectual, y reconociendo que toda decisión se toma en el marco de un contexto procesal e institucional y que ello influye de un modo determinante en una adecuada hermenéutica de los textos que deben nutrir ese proceso de toma de decisiones…".[56]

Como sabemos, los términos que aparecen en el código sancionado en 1921, en su mayoría, correspondían a una base organizada, unívoca y sistemática, propia de la estructuración del código por parte de un proyectador –Rodolfo Moreno- y un legislador con unidad de criterios rectores, que llevaron a su sanción, en general, sin grandes modificaciones.

Pero en el caso de algunos artículos, como casualmente es el supuesto del artículo 86, inciso 2º, la suerte no fue tan sencilla, sino que, por el contrario, fue por lo demás alambicada: tal inciso no existía en el proyecto originario, se introdujo un texto por una comisión del Senado y se lo modificó por otra comisión similar, integrada por miembros diferentes a aquélla que le precedió. Así fue sancionado en definitiva y puesto en vigencia en 1922. Es decir, que los términos y conceptos allí utilizados provienen de dos legisladores distintos, que pensaron y se motivaron en cosas diferentes, y sancionaron textos distintos. Si a ello se le suma que las dos comisiones mantuvieron el término "aborto" sin definir, por lo que a sus efectos debe remitirse al artículo 85, que a su vez tampoco lo define, por lo que hay que recurrir a las explicaciones dadas por Moreno, quien a su vez se refiere a un concepto de aborto que no es el médico de por entonces –ni el actual-, tenemos que la suma dificultad de interpretar conceptual, lógica y/o sistemáticamente el texto del artículo 86 en su conjunto, y relacionado, campea a lo largo de cualquier intento de concluir cuáles o cuántos son los supuestos comprendidos en la no punibilidad que declara.

Debemos además agregar a este enjambre legal, como si fuera poco, el transcurso del tiempo en la Argentina, que incluye la selectividad propia del sistema penal que victimiza cada vez más a los mismos estereotipos y que por todos analizara Zaffaroni: la exclusión social que han sufrido las clases sub-alternas en nuestro ámbito social, la corrupción generalizada en las instituciones más importantes del sistema democrático que ha tenido lugar en todos y cada uno de los gobiernos de turno -sean

[56] Ob. Cit. nota 39, pág. 74.

constitucionales o de facto- y el paso de cientos de legisladores imprudentes que echaron mano al Código Penal compulsiva y proporcionalmente a las demandas de ciertos sectores de la sociedad. Espasmódicamente se cayó en un pan-penalismo que es histórico en nuestras latitudes y que se presentó por parcialidades tanto de sectores de demanda como de tipos penales atacados, algunos de los cuales recibieron aumentos de penas inexplicablemente feroces (ver lo ocurrido con los secuestros extorsivos), habiéndose hasta creado tipos sin lesión (ver si no los delitos de tenencia de armas o estupefacientes para consumo personal) y hasta adelantado la punibilidad a momentos muy anteriores a cualquier riesgo (ver el caso de los actos preparatorios del artículo 299 CP y de la asociación ilícita -210 CP-); como si no tuviéramos suficiente con estas sanciones que pretenden darle a la ley penal funciones que no tiene, adscribiendo durante el correr de los años a todas las teorías de la pena conocidas por si acaso algún fin podía justificar su arbitrario aumento, se han creado una cantidad de leyes penales tanto manifiestas como latentes o eventuales que ni los especialistas con mayor grado de preparación pueden decir siquiera cuántas hay, mucho menos conocerlas y menos aún interpretarlas en un sentido correcto sitemática y constitucionalmente.

Todo este devenir de mano dura o ley y orden, ha terminado por liquidar el Código sancionado en 1921, que sufrió a lo largo de su historia desde 1922 en que se puso en vigencia, hasta 2004, 878 reformas, 137 en la parte general y 741 en la parte especial, y desde 2004 a 2006 inclusive 27 reformas más, 5 en la parte general y 22 en la especial, esas últimas todas agravantes de pena o de tipos penales, al amparo de lo que Maier ha dado en llamar el Blumbergstrafrecht, y desde el año 2007 hasta la actualidad –julio de 2010- 52 reformas más, 6 en la parte general y 46 en la especial, en lo que diríamos es la Blumbergstrafrecht tardía o post-Blumbergsrtrafrecht.

Este proceso histórico en una ley de 305 artículos, de los cuales los últimos 3 son disposiciones transitorias, ha obligado a que sea reordenado, lo que se hizo en último término mediante decreto 3992 del 21/12/1984.

Meritando ello y máxime teniendo en cuenta lo ocurrido en los últimos seis años, ha llevado a un estado actual de la legislación sustantiva en materia penal en que a nuestro entender ya no podemos hablar de un código. Por definición no lo es, ni mucho menos se puede ver actualmente como un programa, puesto que la disparidad de sus

normas con relación a la tipificación de conductas, que pueden encuadrarse en más de un tipo por ejemplo, y las penas desproporcionadas para con los hechos tipificados como para con el resto de la normativa penal lo lleva a disponer verdaderos disparates, sistemáticamente hablando, a adelantar la punibilidad a niveles insoportables en un estado constitucional de derecho, a hacer prácticamente inentendibles algunas construcciones, y finalmente a contradecirse intra pero también extrasistemáticamente, incluso hasta con normas internacionales.

Déjeseme ejemplificar esto con los tipos de tenencia de arma de fuego: "El cuarto párrafo del antiguo artículo 189bis del Código Penal, punía la simple tenencia de armas de guerra o de materiales que definía en su primer párrafo –bombas, materias o aparatos capaces de liberar energía nuclear, materias explosivas, inflamables, asfixiantes o tóxicas, o sustancias o materiales destinados a su preparación, sin la debida autorización legal, pero el 14 de abril del año 2004, en pleno auge del blumbergismo -léase panpenalismo, punitivismo, campaña de ley y orden- se modificó todo el artículo 189bis, avanzando aún más en el adelantamiento de la punición de conductas que no llegan a ser lesivas ni peligrosas en términos concretos, ya que incluyó la tenencia de arma de fuego de uso civil, quedando en definitiva los párrafos primero y segundo del inciso 2º de dicho texto legal redactados de la siguiente manera por la Ley 25.886: "La simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de 6 (SEIS) meses a 2 (DOS) años y multa de MIL PESOS ($ 1.000) a DIEZ MIL PESOS ($10.000)" y "Si las armas fueran de guerra, la pena será de DOS (2) a SEIS (6) años de prisión", respectivamente. Como podrá verse la pena que se prevé para estas figuras que, a nuestro criterio, no causan siquiera peligro concreto, en el caso de la tenencia de arma de fuego de uso civil supera a la prevista para las lesiones leves y algunas graves (arts. 89 y 90 del C.P.), el hurto (art. 162 del C.P.), los delitos contra el honor de las personas (arts. 109 a 117bis del C.P.), el daño (art. 183 del C.P.) y la misma que para los delitos de violación de compromisos internacionales (art. 220 del C.P.), violación de inmunidades (art. 221 del C.P.) y los fraudes al comercio y a la industria (arts. 300 y 301 del C.P.), por tomar algunos ejemplos al azar. Ello da cuenta que al legislador actual le da lo mismo que alguien tenga un revólver con terminado artesanal, calibre 38, heredado como reliquia familiar, y que un funcionario en

representación del estado viole un tratado internacional suscripto por Argentina con otro país soberano, por ejemplo, sobre derechos humanos; o que una persona tenga una carabina en su campo para ahuyentar a las comadrejas y zorros que le comen los animales de granja y los huevos de los cuales obtiene su sustento familiar y otra que ingrese a una casa aprovechándose del descuido de los dueños al cerrar la puerta principal y se lleve todo lo que está en su interior; pudiendo así ejemplificar con miles de ejemplos irrisorios. En el supuesto de que la tenencia sea de arma de guerra, el desajuste punitivo con el resto de la normativa es aún más marcado, puesto que por ejemplo se prevé el doble de la pena para el que tiene un arma de este tipo sin permiso administrativo aunque la tenga colgada en la pared y no la use, que para el que la tiene con permiso y dispara con ella hacia una persona, ver sino el artículo que describe el abuso de armas (art. 104 del C.P.). Así también la pena para el tipo cuestionado supera la prevista para la instigación o ayuda al suicidio (art. 83 del C.P.), el homicidio culposo aún con su agravante (art. 84 del C.P.), el aborto con consentimiento de la mujer (art. 85, inc. 2º, del C.P.), el abuso sexual (art. 119, primer párrafo, del C.P.), la privación ilegítima de la libertad (art. 141 del C.P.), el robo (art. 164 del C.P.), las estafas y defraudaciones de los artículos 172 y 173 del C.P., todos los delitos que comprometen la paz y dignidad de la Nación a excepción de la infidelidad diplomática (arts. 219 a 225 del C.P.), el cohecho (art. 256 del C.P.); y la misma que el homicidio en riña (art. 95 del C.P.), la privación ilegítima de la libertad agravada (art. 142 del C.P.), las defraudaciones agravadas (art. 174 del C.P.), el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos (art. 268 (2) del C.P.), por tomar ejemplos al azar. Ello da cuenta que al legislador actual le da lo mismo que alguien tenga en un exhibidor en el living de su casa armas de fuego o de lanzamiento disimuladas tales como lápices, estilográficas, cigarreras, bastones, etc o miras infrarrojas capaces de funcionar, a que cuatro personas se enfrenten a golpes contra otros tres a la salida de un boliche a resultas de lo cual todos resultan lesionados y uno de ellos muerto, no pudiéndose materialmente precisar quien fue el autor del golpe letal; como también le da igual que una persona haya recibido a modo de regalo de su amigo amante de las armas una munición de proyectil expansivo con ranuras y la exhiba en su automóvil colgando del espejo retrovisor y que a una persona le rompan la ventana de su casa, le peguen a ella y al resto de la familia,

los aten y amordacen, les sustraigan todos los efectos de valor y se los lleven en los dos autos lujosos también de su propiedad."[57]

El desfasaje punitivo traído a colación se repite si se analizan otros tipos penales relacionados tanto entre sí como con el esto de la normativa, por ejemplo, si una persona hurta dinero o efectos de poco valor en 25 ocasiones y es descubierto puede recibir, según las reglas del concurso real (art. 55 del C.P.) hasta 50 años de prisión, ya que este es el máximo legal (mismo artículo del C.P. según redacción dada por ley 25.928 -18/08/2004-), o un aficionado cazador de liebres que es sorprendido con su fusil 6 veces durante sus largos años de práctica, que por otra parte es una práctica familiar y tradicional en algunos lares de La Pampa, puede recibir de acuerdo al mismo concurso material hasta 36 años de prisión, mientras que según el estatuto de Roma que diera origen a la Corte Penal Internacional (incorporado a nuestro país por ley 26.200 del 09/01/2007), la pena para los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y/o de agresión, no puede ser mayor de 30 años de prisión (Arts. 5, inciso 1º, letras a, b, c y d, y 77, inciso 1º, letra a, todos de dicho Estatuto).

Por esas y otras razones decimos que las reiteradas reformas al texto legal penal que actualmente se encuentra vigente y que dista mucho de ser, no ya un código sino un orden jurídico programático, al cual le falta precisamente un programa de ordenamiento normativo, si se me permite el juego de palabras, junto con la creación de un sinnúmero de leyes penales especiales como la Ley Penal Tributaria, o normas penales incluidas en leyes no penales, como por ejemplo en el Código Aduanero, hacen que por estos días lo más correcto desde nuestro criterio sea denominar a lo que antes era un código como la ley penal argentina más ancha, y decimos más ancha en dos sentidos, por un lado por su extensión, ya que sigue siendo el texto legal que más tipos penales contiene y por ende que más aspectos de la vida recorta para punir, y por otro, debido a que sigue siendo el libro de leyes penales más extenso en artículos y páginas. Aunque estamos seguro de que en realidad desde cualquier punto de vista que se lo mire el actual código sólo es la ley penal argentina mas ancha, seguiremos refiriéndonos a él

[57] Citado del análisis efectuado en un trabajo propio titulado "La simple tenencia de armas de fuego. Su inconstitucionalidad múltiple". En el marco de la materia "Aspectos Especiales de la Teoría del Delito", en la Maestría en Ciencias Penales de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa, pág. 1 a 3.

como código penal por fines expositivos y para no confundir al lector, pero téngase en cuenta la reserva formulada respecto a que el código penal vigente no es ya un código, puesto que ello puede influir en la interpretación que se haga de sus normas.

Así las cosas, en este marco institucional en que nos encontramos inmersos, en este estado de derecho constitucional al que apuntamos, creemos que lo mejor que resta hacer al intérprete, ya sea judicial, doctrinario o de otra índole, es aplicar el criterio más acorde al principio de legalidad constitucional prescripto en el artículo 18 de la Carta Magna, es decir el de máxima taxatividad interpretativa. Teniendo en cuenta que el artículo 86, inciso 2°, del C.P., se trata de un artículo que declara conductas que quedan exentas de pena, la máxima taxatividad en estos casos se torna en máxima laxitud, debido a que debe entenderse el texto de manera tal que ingresen a sus términos la mayor cantidad de hipótesis posibles, para así reducir a los límites mínimos la habilitación de poder punitivo. En términos zaffaronianos, cerrar las compuertas lo más posible para que sólo ingresen al sistema penal las aguas más turbulentas, por dos razones, primero porque viola la legalidad constitucional al extender el texto –sea oscuro o no- a cuestiones no previstas o al menos no claramente comprendidas, y segundo porque vulnera también la división de poderes, ya que un poder no habilitado para crear normas generales lo hace por medio de sus actores –los jueces-.

Esta inteligencia es seguida también por Marcelo Brocca, quien respecto de la interpretación restrictiva en el derecho penal al momento de tratar las "eximentes", textualmente dice: "debe hacerse la salvedad de la interpretación que amplíe los límites en beneficio del imputado, y ello, porque el derecho penal es en definitiva la carta magna del ciudadano, eslabón más débil en la relación con el Estado, de cara a un conflicto penal."[58]

Bacigalupo se ha pronunciado respecto de la interpretación analógica en coincidencia con lo que hemos sostenido, diciendo que " ... la extensión del texto legal a casos que este no contenía importaba la creación de derecho, lo que violaba la división

[58] Brocca, Marcelo J. M. Ponencia titulada "Interpretación restrictiva, extensiva y aplicación analógica", UBA. Bs.As. 2007. publicada en http://www.pensamientopenal.com.ar/cdcongreso/ponen15.pdf, pág. 13

de poderes"[59]; como también lo ha hecho Binder al hablar de la creación judicial de nuevas formas de exclusión de la ilicitud sosteniendo que"…debemos aclarar que aunque admitamos la posibilidad de esa creación judicial ello no implica que los jueces pueden actuar libremente según su conciencia … Para que esa actividad, como dijimos, no sea puro arbitrio, existen guías que orientan la creación judicial. La primera es la analogía. Así como la interpretación restrictiva prohíbe sin ninguna duda toda analogía, el carácter progresivo y expansivo del principio de *ultima ratio* propende al mayor uso posible de la analogía (por eso se la denomina *in bonam partem*, porque el resultado de su uso será la exclusión de la ilicitud…Otra guía segura surge de la *extensión hacia el derecho penal de principios y derechos fundamentales que normalmente no han sido pensados para el sistema penal o no han sido utilizados en ese campo*… Por ejemplo, del derecho a la vida se fueron construyendo los casos de necesidad, pero ese camino de aplicación progresiva no debe detenerse porque una sociedad va generando nuevos recursos y necesidades… Finalmente el marco de razonabilidad con que debe contar un juez para que la creación judicial sea razonable puede surgir *de las propias condiciones sociales, tanto de las condiciones generales de la sociedad como de aquellas que son propias del sistema penal*. Por ejemplo, las situaciones de necesidad o autotutela, como vimos, son dependientes de condiciones muy concretas, tanto de la situación de necesidad como de la respuesta del Estado…"[60]

Lo que intentamos exponer no es más ni menos que un aporte para la aplicación razonable de los principios constitucionales en materia penal de manera *pro homine*, principio éste que fue reconocido en múltiples fallos por nuestra Corte Suprema de Justicia (los más recientes "Acosta"[61] y "Arriola"[62]), como así también por la Corte Interamericana de Justicia que ha dicho "De acuerdo con el artículo 5° del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y el 29 de la Convención Americana, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección,

---

[59] Bacigalupo, E. "Principios constitucionales del derecho penal" Ed. Hammurabi, Bs.As. 1999, pág. 77.

[60] Ob. Cit. nota 39, pág. 232 a 234.

[61] CSJN, fallos: A. 2186. XLI. RECURSO DE HECHO "Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1° párrafo ley 23.737 (causa N° 28/05)".

[62] CSJN: Fallos A. 891. XLIV. RECURSO DE HECHO "Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080".

estas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido" (CIDH OC 5-85).

En esto campean siempre de fondo la fragmentariedad de la legislación penal, es decir, que sólo recorta algunas conductas y las criminaliza de manera discontinua, como así también su cualidad de sancionadora, es decir, que tipifica conductas que lesionan bienes jurídicamente valorados por otras ramas del derecho, pero con eso no debe entenderse ni que crea el bien jurídico ni que lo protege o tutela, sino simplemente, que sanciona su afectación, ya que en la realidad no protege ni tutela a bien jurídico alguno y en lo jurídico no los crea, puesto que aunque las leyes penales no existieran los bienes jurídicos serían tales igualmente de conformidad al derecho constitucional, internacional, administrativo, civil, etc.. Esto es, que se entiende al bien jurídico no como legitimante del poder punitivo sino como una referencia garantista, con sentido limitativo y liberal en los términos del artículo 19 de la Constitución Nacional[63], y conceptualmente como una relación de disponibilidad entre un sujeto con una entidad valiosa, protegida por el ordenamiento jurídico y sólo a veces sancionada por la ley penal, concepto lógicamente necesario del que la política criminal de un estado constitucional de derecho, liberal y contentor del poder punitivo, no puede prescindir[64]

De lege ferenda podemos aclarar que con lo dicho en esta parte no hemos tratado de forzar ningún límite legal en miras a una futura construcción dogmática sino que hemos procurado indicar la única interpretación que consideramos posible en actual estado del derecho constitucional y penal argentino, máxime teniendo en cuenta el origen de la norma que estudiamos, a saber: por un lado comprendiendo una situación de emergencia extraordinaria que ya no ocurre al menos en nuestro país, esto es, que al aborto sentimental o ético en el proyecto de Código Penal suizo se lo eximió de pena para no conminar a las mujeres que eran violadas por soldados de las potencias

---

[63] Ver por todos Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro "Manual de Derecho Penal. Parte General". 2ª edición, 2ª reimpresión. Editorial EDIAR. Bs.As. 2008, pág. 372, quien además continúa con la elaboración del concepto garantista del bien jurídico y desenmascara los mitos de interpretar la sanción de su afectación como tutela, para producir así un salto lógico hacia una concepción legitimante del poder punitivo.

[64] Niño, Luis Fernando "El bien jurídico como referencia garantista". Editores del Puerto S.R.L. Bs.As. 2008, pág. 65.

invasoras en las guerras de principios del siglo XX "*El problema se ha planteado en Europa durante la última guerra, con motivo de las violaciones de que fueran víctimas numerosas mujeres belgas por soldados ebrios, desenfrenados o criminales*" decía la exposición de motivos respectiva; y en relación al aborto eugenésico, la consideración discriminatoria de no punir a las madres idiotas o dementes que, habiendo sido violadas, previa autorización de sus representantes legales, evitaban que nazcan criaturas que –presuntamente- podían portar taras hereditarias, se intentaba "*evitar que de una mujer idiota o enajenada, nazca un ser anormal o degenerado"* decía la exposición de motivos respectiva.

Tales consideraciones, autorizar la interrupción de un embarazo por suponer violaciones perpetradas por soldados invasores y/o para evitar el nacimiento de seres humanos con disminuciones mentales, es en la actualidad de nuestro país, y diría desde la vuelta de la democracia -1983- en adelante, no sólo inexplicable, sino inconstitucional y violatorio de los tratados internacionales sobre derechos humanos, y particularmente los derechos de las personas por nacer[65], incorporados a la legislación interna.

Aunque, a modo de paréntesis, debemos decir que no se nos escapa que la indicación eugenésica ha variado a lo largo del tiempo, "evolucionando conceptualmente, desde un significado objetivo-biológico a uno objetivo-subjetivo, en el que el núcleo de la indicación del aborto se ha desplazado desde la evitación de seres humanos física o psíquicamente tarados hacia la voluntad ético-política por parte del Estado de no imponer a la mujer y a la pareja la maternidad de un hijo que adolece de taras. En definitiva, se ha desplazado el fundamento de la indicación del fin eugenésico al respeto de la posición de los padres ante el nacimiento de un hijo tarado."[66]

Queremos decir con todo esto, que estamos tratando con un artículo de genealogía espuria, bastarda, desde el ángulo del pensamiento penal liberal, máxime

---

[65] Recuérdese que al firmar la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, nuestro país formuló la aclaración de que se considera niño a toda persona desde la concepción hasta los 18 años de edad.

[66] Ob. Cit. nota 45, pág. 298. Con cita de Arroyo Zapatero, Luis "La indicación eugenésica", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, N° 11, España, 1986; y Reviriego Picón, Fernando "Otro estudio más del Aborto. La Indicación Eugenésica y su Fundamentación" Dykinson. España, 1998.

entendiendo a la diversidad como característica relevante y digna de respeto de la sociedad postmoderna. Por ende, lo que corresponde, en vez de pregonarse su inconstitucionalidad es intentar una interpretación acorde a la Carta Magna, y es precisamente eso lo que propugnamos en este aporte, una interpretación adaptada históricamente, desde un punto de vista lógico acotante del poder punitivo, que nos lleva a sostener lo que venimos planteando, es decir, la máxima laxitud interpretativa de las conductas "no punibles" del inciso 2º del artículo 86 del C.P., que analizamos, puesto que dotándolo de nuevos fundamentos, acordes al nuevo marco constitucional-convencional, e integrando su previsión con la general del artículo 85, como veremos más adelante, creemos lograremos mejorar su sistemática a la luz de una dogmática adecuada a un estado constitucional de derecho, ya que interpretar literal y oscuramente sus términos nos llevaría a una ampliación irracional de la potentia puniendi estatal y hacer la referencia fácil y falaz al espíritu del legislador, remitiéndonos a los motivos que fundaron su inclusión, simplemente nos empujaría a concluir que es inconstitucional.

A primera vista, parecería una contradicción lo que se viene diciendo, por un lado, que la interpretación más adecuada constitucionalmente es la más restrictiva en la habilitación de poder punitivo, por ende la que más hipótesis prevea como "no punible", y por otro lado, que sustentar las autorizaciones para interrumpir un embarazo en consideraciones discriminatorias y/o de emergencia extraña a nuestro territorio, resulta atentatorio de los derechos humanos de las personas por nacer. Pero bien entendida que sea la cuestión, veremos que ello no es así, no hay contradicción alguna, y esto es porque no debe darse a la legislación penal una función que no tiene o para la cual resulta groseramente inidónea, conjugado esto con sus caracteres de fragmentaria y sancionadora, como así también con el entendimiento de su utilización como última ratio y del derecho penal –contentor del poder punitivo- como prima ratio.

Veamos el desarrollo de los siguientes principios que nos ayudarán a entender de lo que estamos hablando.

Uno de los principios de limitación material que las agencias jurídicas debieran oponer a las políticas es la *proscripción de la grosera inidoneidad del poder punitivo*[67], es decir que, si bien la intervención del poder punitivo no resuelve conflictos, en algunos casos es la única manera de, al menos, suspenderlos, pero aún en esos casos debe ser utilizado como última ratio y de la manera menos irracional posible; ergo, debe ser excluido en el resto de los casos en que resulta no sólo inadecuada su intervención sino burda, absolutamente inidónea y tardía.

Esto último lo dice muy claramente Víctor Bazán en relación a la penalización del aborto, de la siguiente manera: "…estimo que el Código Penal no constituye el más importante objeto de análisis, pues la conducta tipificada en la norma penal alude a la consecuencia jurídica que recaería … En otras palabras, se trata del efecto punitivo que seguiría a una conducta ya producida, lo que –reitero- no es lo más importante, pues a estas alturas de las circunstancias (delito consumado), el bien jurídico más relevante –*vida del feto*- ya estaría destruido."[68]

Al principio enunciado, debe sumársele el de *proscripción de la grosera inidoneidad de la criminalización*[69], es decir, cuando pese a existir para el caso un modelo más o menos efectivo de solución o tratamiento del conflicto, se introduce igualmente la punición. Es decir que se reemplaza un modelo más o menos efectivo, por otro que por definición no lo es y que tiende a profundizar el verticalismo social y la selectividad del sistema. Aunque no exista ningún modelo de solución integral del conflicto, se opta por la criminalización pues se piensa en términos de ley y orden, cuando, en realidad, lo único que se logra es aumentar las cifras negras –de muertes por ejemplo- y los encarcelados seleccionados sólo de entre los más burdos.

En relación a este aspecto, al criminalizar de manera inidonea suele hacérselo combinando la teoría del bien jurídico tutelado –como legitimante del poder punitivo-, la universalización de la conducta –haciendo futurología y presuncionología, si se me permiten los términos-, y la tesis de peligro abstracto –para adelantar la punición a conductas sin daño-.

---

[67] Ob. Cit. nota 33, pág. 117.
[68] Gil Domínguez, Andrés "Aborto Voluntario, Vida Humana y Constitución". EDIAR. Bs. As. 2000, pág. 265.
[69] Ob. Cit. nota 33, pág. 118.

En el caso que nos ocupa, con una visión restringida de las hipótesis comprendidas en el inciso en cuestión, que conlleva a la punición de una mayor serie de conductas, se pretende que la legislación penal cumpla funciones sociales que no puede ni debe cumplir, amenazando con pena a quienes no proceden de la manera en que sus normas paternalmente mandan, cuando en realidad los conflictos sociales, psicológicos, estructurales, patológicos, etc. que pueden presentarse en casos de embarazos provenientes de abusos sexuales con o sin acceso carnal, circulan por carriles totalmente diferentes y deberían solucionarse, o al menos procurar su abordaje, por otras ramas del derecho más idoneas al respecto, por ejemplo por la educación preventiva mediante políticas públicas, la asistencia multidisciplinaria por parte de organismos ejecutivos de seguimiento y asistencia a víctimas y victimarios, la contención familiar, el aporte de los recursos médicos por vías legales, la reparación civil para su caso, etc.. Pero fundamentalmente, están desconociendo antes que ello, la literalidad y sistematicidad del texto que redunda en la atipicidad de una serie de acciones determinadas.

La criminalización de las conductas que creemos "no punibles", en los términos del código, a saber: el aborto circunstanciado causado en un embarazo proveniente de un abuso sexual con acceso carnal sobre cualquier mujer o de un abuso sexual con acceso carnal sobre una mujer idiota o demente -en la terminología del texto legal, violación y atentado al pudor, respectivamente- sólo permite el reforzamiento de la ilegalidad, selectividad e irracionalidad, además de que resulta violatorio del tercer principio de limitación material, el de *limitación máxima de la respuesta contingente*[70], puesto que se intenta punir irracionalmente conductas por motivos no confesados, y que casi en su totalidad, en la actualidad y respecto del inciso que estudiamos, responden a consideraciones de tipo moralista y/o religioso que llevan a legisladores, doctrinarios y jueces, a la enorme contradicción de argüir motivos nobles o levantar la bandera de la vida y los derechos humanos en los discursos orales y/o escritos, y destruir en la realidad la vida, los derechos humanos y la dignidad de miles de mujeres y niñas que año tras año pagan por algo de lo que fueron víctimas, no sólo con haber sufrido abusos sexuales con o sin acceso carnal, sino también con su libertad, con su persona y con la vida de sus seres queridos, entre los cuales se encuentra el niño por nacer.

---

[70] Ob. Cit. nota 33, pág. 118.

No debe entenderse con lo dicho hasta aquí que se está pregonando la utilización del aborto como solución o salida de los conflictos que llevan a algunas personas a tomar tan drástica decisión. Si eso se interpreta de nuestro aporte, no sólo se incurrirá en un grosero error sino que se estará formulando el siguiente salto lógico: de una postura que sostiene la no criminalización del aborto en las circunstancias específicas del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal Argentino, y sólo en ellas, es decir, la no habilitación de poder punitivo para esos casos determinados expresamente, se estaría entendiendo la apología de la utilización del aborto y/o su legalización como herramienta para fines espurios. Desde el telos que nos preside, con la despenalización del aborto sólo en los casos en estudio no se pretende privar de protección jurídica a la vida humana en formación, sino por el contrario, tratar de hacer más efectiva esa tutela mediante el pregón por la utilización de otras herramientas estatales.

Para dejar más en claro esto que venimos diciendo, tomaremos algunas líneas del reciente fallo "Arriola"[71] de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que debió explicar que la postura de no criminalización de la tenencia de marihuana para consumo personal no significaba pregonar el uso de drogas ilícitas ni la legalización de tales estupefacientes. Así, el Alto Cuerpo dijo "Que la decisión que hoy toma este Tribunal, en modo alguno implica "legalizar la droga". No está demás aclarar ello expresamente, pues este pronunciamiento, tendrá seguramente repercusión social, por ello debe informar a través de un lenguaje democrático, que pueda ser entendido por todos los habitantes y en el caso por los jóvenes, que son en muchos casos protagonistas de los problemas vinculados con las drogas (Ordoñez-Solis David, "Los Jueces Europeos en una Sociedad Global: Poder, Lenguaje y Argumentación", en European Journal of Legal Studies, vol. I EJLS, n° 2)." En esta línea es que debe entenderse nuestra postura.

Por último, diremos que como podrá verse, no hemos hecho ni haremos a lo largo de este trabajo consideraciones desde puntos de vista jurídicos, religiosos, sociales, etcétera, ni a favor ni en contra del aborto -en general o en especie-, pero no porque despreciemos la importancia de la discusión sobre el tema o desconozcamos los argumentos vertidos en una y/u otra dirección, sino porque no es el objetivo del presente

[71] CSJN: Fallos A. 891. XLIV. RECURSO DE HECHO "Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080".

aporte cuya línea estructural circula por otro carril mucho más modesto y específico, como es el dogmático penal del artículo 86 inciso 2º del Código Penal, para lo cual sí hemos considerado necesario hacer un recorrido histórico de dicha norma, puesto que si no sabemos qué es lo que interpretamos y de donde proviene, mal podremos pronunciarnos sobre si corresponde darle un sentido determinado u otro.

Intentaremos sí demostrar que en determinados casos, y sólo en ellos, la no criminalización ha sido decidida por el legislador histórico argentino que incluyó conductas atípicas, denominándolas "no punibles" en el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, y que si bien puede, desde algún punto de vista, considerarse inmoral o en contra de algún principio religioso –católico, judío, musulmán, budista, etc, etc.- la realización de un aborto en las circunstancias específicas del artículo referido, no puede de ningún modo predicarse su tipicidad penal, por cuestiones básicas, en primer lugar por lo ya dicho en el siglo XVII por Tomasio, y actualizado por Kant tiempo después, respecto a la separación del ámbito de la moral del espacio de la ciencia, y dentro de esta el derecho; en segundo término, por el carácter fragmentario del derecho penal, es decir, las conductas abortivas en estos casos, y sólo en ellos, pueden ser inmorales pero nunca configurar un delito penal; y por último, debido a la redacción dada a la ley y la fuente tomada por el legislador argentino de 1921, con más ahora el estado constitucional de derecho actual conformado con los tratados internacionales sobre derechos humanos incluidos en la esfera interna.

Los términos utilizados en el artículo en cuestión y su sistematicidad

Con sólo dar lectura del artículo 86 CP puede verse que los términos que el legislador eligió para su redacción, si bien son utilizados generalmente tanto por legos como en el ámbito del derecho, no son del todo precisos y en algunos casos funcionan como elementos normativos, es decir que necesitan de otros artículos, incluso de otros códigos de ramas del derecho diferentes a la penal, en pos de su precisión, si es que ésta puede lograrse en el marco de situación dado.

Así, vemos que en el segundo párrafo del artículo 86 del Código Penal Argentino dice: "El ***aborto*** practicado por un **médico diplomado** con el ***consentimiento*** de la mujer encinta, ***no es punible"***.

Y su inciso 2º versa "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.**"

Los vocablos resaltados en negrilla son los que hemos identificado como prima facie imprecisos, esto es, al menos en el contexto del artículo no se encuentran definidos, y en el caso de algunos de ellos, aún buscando en todo el código no encontraremos elementos para precisar sus contenidos.

Como bien sabemos además, con la salvedad de los conceptos explicados en el artículo 77, nuestro Código Penal, sanamente, carece de definiciones. Ello obliga al intérprete a buscar el significado que el legislador dio a cada uno de los términos, sin forzar el idioma por supuesto; la conceptuación actual de los que han cambiado a lo largo del tiempo; los que pertenecen a otras ramas del derecho; y aclarar los que son imprecisos o ambiguos de por sí, aunque debe reconocerse que esas características son propias del lenguaje en sí. Todo ello, a nuestro humilde entender, deberá realizárselo desde la manera más acotante del poder punitivo con que se cuente, y a favor de los derechos de la persona que desarrolle el actuar que pueda ser considerado criminoso.

La interpretación que debe hacerse de uno o más términos de uno o más artículos del Código Penal para aplicarla a un caso concreto fue diseñada por la Constitución Nacional en su artículo 18, y puesta de manifiesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre otros, en el reciente fallo "Acosta"[72] cuyo considerando 6º dice "Que para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles

[72] CSJN, fallos: A. 2186. XLI. RECURSO DE HECHO "Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1° párrafo ley 23.737 (causa N° 28/05)".

imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484). Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la ultima ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal."

Con tales aserciones, sumadas a lo siguiente que fue sostenido por la misma Corte en la causa "Delfino"[73]: "…si bien las sentencias de la Corte Suprema sólo deciden en los procesos concretos que le son sometidos y no resultan obligatorias para los casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas (Fallos: 307:1094; 311:1644; 312:2007, entre otros)…", creemos que nuestro más Alto Tribunal ha zanjado todo tipo de discusión respecto de dos cuestiones: por un lado, lo relacionado a qué tipo y con qué método deben interpretarse los términos de la ley penal, y por otro, qué camino deben seguir los jueces en esa labor para no salirse del marco constitucional.

Veremos entonces el significado de la letra de la ley, explicado por el proyectador del Código, Rodolfo Moreno, y si los términos –como podremos ver- no resultan claros ni precisos, concluiremos en el significado que creemos correcto a la luz de la nueva Constitución Nacional post reforma de 1994, sin poner en pugna las disposiciones del Código Penal entre sí, es decir internamente, ni con la Carta Magna, es decir, externamente.

Para desentrañar el contenido de los conceptos que analizaremos, responderemos básicamente a cuatro preguntas ¿qué significado tiene el término en la lengua española? ¿Es utilizado en otro u otros artículos, y en su caso con qué sentido?

---

[73] CSJN, fallos: D. 1608. XLI. RECURSO DE HECHO "Delfino, Martín Fernando y otros s/ lesiones graves en agresión (causa Nº. 57.038/04).

¿Qué significado le dio el redactor de la ley, si es que lo explicó? y ¿qué significado técnico-jurídico tiene en la actualidad según la doctrina y jurisprudencia?

Comencemos por el primer término resaltado:

"Aborto".

Esta palabra es la segunda que aparece en el inicio del segundo párrafo del artículo 86, y la última del inciso 2º del artículo.

Según el diccionario de la Real Academia Española, en su vigésima segunda edición, aborto tiene las siguientes acepciones: (Del lat. *abortus*).**1.** m. Acción de abortar. **2.** m. Interrupción del embarazo por causas naturales o deliberadamente provocadas. Puede constituir eventualmente un delito. **3.** m. Ser o cosa abortada. **4.** m. Engendro, monstruo.[74]

Podemos ver que la segunda acepción es la que específicamente se relaciona con el concepto que tratamos en este tópico, recordemos además que la palabra aborto proviene del latín *abortus,* formada del prefijo *ab* que significa privación, separación o carencia, y *ortus* que significa nacimiento, por lo que su conceptuación etimológica refiere "privación de nacimiento"

Este vocablo además de ser utilizado en el artículo 86 cuyo tratamiento es el eje del presente trabajo, lo fue también en el 85, 87 y 88, del Código Penal originario, lo que se ha mantenido hasta el día de la fecha.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la primera vez que aparece en el cuerpo de la ley sustantiva –art. 85- lo hace consignando un ilícito penal, y no sólo un elemento configurativo de una conducta típica. El propio Rodolfo Moreno (h) habla de "el delito de aborto"[75], pero tiene que explicar que hay varios conceptos de aborto, así dice que por aborto se entiende la expulsión del feto del seno materno ejecutada con dolo, lo que resultaba equivalente al concepto médico de por entonces -1923-; también se sostenía que el aborto se caracteriza por la muerte dolosa del feto en el seno materno o la

[74] Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición, publicado en la página web oficial de esa entidad, en link: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=aborto
[75] Moreno, Rodolfo (h) "El Código Penal y sus antecedentes", H. A. Tomassi Editor, Bs. As. 1923, págs. 408 y ss.

expulsión violenta seguida de muerte; por otro lado se decía que se trataba de la dispersión prematura, violenta o maliciosamente provocada, del producto de la concepción, con el objeto de impedir el desarrollo y nacimiento, sin reparo alguno en la mayor o menor distancia respecto a las épocas de la concepción y del parto. Concluye este autor que la conducta típica es la destrucción dolosa de la vida del feto, que no se trata de anticipar el parto sino de impedir el nacimiento, agregando que cuando tiene lugar el aborto, el ser en formación no está en condiciones de nacer, es decir que su desarrollo no es el requerido para la existencia extrauterina[76].

Señala a continuación que los requisitos del delito de aborto son 5: embarazo de la madre, existencia del feto, dolo, empleo de medios violentos y muerte subsiguiente del feto, procediendo a continuación al análisis de cada uno de ellos.

Aclara por último que la redacción del artículo 85, tal como fue sancionado, corresponde a la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, la cual no dio fundamentos al respecto en la exposición de motivos correspondiente.[77]

Tanto en la doctrina clásica, de raigambre fundamentalmente causalista, como en la moderna, donde pueden encontrarse autores finalistas y/o funcionalistas, la gran mayoría coincide en que al menos hay dos conceptos de aborto, uno médico y uno jurídico-penal, que por supuesto coinciden en algún punto, puesto que hablan de la misma cosa, pero necesariamente no tienen la misma extensión.

Citaremos así al autor Carlos Vázquez Iruzubieta, quien en su obra "Código Penal Comentado"[78] hizo un relevamiento de posturas y concluyó que el "…aborto a los fines de la ley penal consiste en la destrucción del proceso fisiológico del feto, se produzca o no su expulsión del seno materno. Por eso es que no habrá aborto a los fines de la ley penal, si los procedimientos abortivos se llevan a cabo contra un feto que ha muerto o sea, que ha interrumpido su proceso de gestación…"[79].

---

[76] Ob. Cit. nota anterior, pág. 408.
[77] Ob. Cit. nota 54, pág. 414.
[78] Vazquez Iruzubieta, Carlos "Código Penal comentado. Tomo II. Arts. 79 a 133". Editorial Plus Ultra, Bs. As. 1970, pág. 101.
[79] Y cita como fuente las siguientes obras: Díaz, El Cód. Pen., para…., p. 194; López-Rey y Arrojo, Aborto, p. 97; Puig Peña, Der. Pen., t. II, p. 327; Mezger, Der. Pen., t. II, p. 57; Ramos, Der. Pen., t. V, p.

Por su parte Soler sostenía "Nuestra ley no define el aborto; el art. 85 se limita a decir: *el que causare aborto*, después de lo cual prevé una serie de figuras… Así como el homicidio es la muerte inferida a un hombre, el aborto es la muerte inferida a un feto"[80], mientras que Nuñez coincidía, diciendo "El código no da un concepto del aborto, pero no por esto se puede decir que no se lo pueda definir de manera específicamente jurídica. Nuestros autores han distinguido entre el concepto médico de aborto y su concepto jurídico. Médicamente, desde el punto de vista puramente ginecológico, el aborto atiende a la expulsión del producto de la concepción provocada prematuramente. Por el contrario, el concepto legal de aborto, como delito contra la vida, atiende, en su materialidad, a la muerte provocada del feto, con o sin expulsión del seno materno"[81].

Más acá en el tiempo, veremos que tanto la conceptuación dogmática-penal como médica han ido evolucionando, habiéndose formulado algunos ajustes y restricciones más específicas desde un punto de vista puramente técnico-científico, debido al avance no sólo en las investigaciones teóricas sino también en la tecnología disponible, tanto en lo jurídico como en lo médico.

Lucila Larrandart nos dice que "Desde el punto de vista médico, la definición del aborto se basa principalmente en la viabilidad del producto de la concepción, en el momento en que se interrumpe el embarazo. En los textos clásicos de obstetricia y ginecología era habitual considerar como aborto el nacimiento de todo feto antes de las veinticuatro semanas de gestación y pesando menos de un kilo. Actualmente los criterios han variado y se considera aborto la interrupción del embarazo hasta el final de la 19ª semana de gestación, de la 20ª a la 28ª semana se clasifica como parto inmaduro y

---

123; González Roura, Der. Pen., t. III, p. 36; Carrara, Programa, p. 1252; Gómez, Tratado…, t. II, p.130; González, El Cód. Pen., y la jurisprudencia, t. I, p. 158; Moreno (h), El Cód. Pen. Y sus…, t. III, p. 408; Nuñez, Der. Pen. Arg., t. III, p. 160; Soler, Der. Pen. Arg., t. III, p. 111; Cuello Calón, Der. Pen., t. II, p. 481; Pacheco, El Cód. Pen., t. III, p. 41; Fontán Palestra, Der. Pen., t. IV, p. 210.

[80] Soler, Sebastián "Derecho Penal Argentino" Actualizador Manuel A. Bayaza Basombrio. Editorial TEA. Bs. As. 1992, pág. 96.

[81] Nuñez, Ricardo C. "Derecho Penal Argentino, Parte Especial, Tomo III". Ed. Bibliográfico Ameba, Bs. As. 1965, pág. 161. Este autor cita en su apoyo los siguientes autores: Rivarola, Exposición y crítica del Código Penal, t. II, Nº 480; Jiménez de Asúa, El aborto y su impunidad cit., I, 1.; Rojas, Medicina legal [7ª ed.], p. 236; Ramos, Curso, [2ª ed.], núm. 130; Soler, p. 85, II; Fontán Palestra, Derecho Penal [P. esp.], p. 111; y Peco, El aborto en el Código Penal, p. 183 [Revista penal argentina, t. VI, 1926, p. 180].

a partir de 28ª como la semana parto prematuro"[82], y luego informa sobre dos posturas que difieren entre sí, pero que sintetizarían los criterios actuales, así nos dice que "Para algunos, el aborto sería un delito de resultado cortado, caracterizado por la interrupción maliciosa del embarazo con el propósito de destruir una futura vida humana, no requiriéndose objetivamente la muerte del feto y siendo suficiente la interrupción del embarazo…" mientras que para otros "…la acción dirigida a producir la muerte del feto puede ofrecer las más variadas manifestaciones y que el resultado es la destrucción del feto, siendo, por lo tanto, un delito de lesión en el que es necesario que el resultado se produzca para que el delito se consume"[83].

Por su parte Donna, citando a Bustos, dice que "La ley no ha dado un concepto de aborto, afirmando directamente que se castiga a quien lo causare. Ahora bien, hay un concepto médico que considera que existe aborto con la expulsión del producto de la concepción, que es provocada prematuramente. Sin embargo el texto legal es más amplio, ya que se refiere a la muerte provocada del feto, con o sin expulsión del seno materno. Con lo cual el aborto no es otra cosa que la muerte del producto de la concepción humana, privándole de vida intrauterinamente, o bien cuando se llega al mismo fin por medios que provocan la expulsión prematura, consiguiendo que muera en el exterior por falta de condiciones de viabilidad"[84]

Debe recordarse además que cuando se habla de feto en la conceptuación jurídica de aborto, no se habla en la extensión que el concepto tiene en términos médicos, que indicaría lo siguiente: considerar huevo o cigoto desde la fecundación hasta el final de la primera semana; embrión, desde la segunda a la octava semana inclusive; y feto, desde el comienzo del tercer mes hasta el inicio del período expulsivo[85], lo que ha llevado a algunos autores, por ejemplo a Victorio Martín de la Canal, a hablar de atipicidad del aborto en las primeras semanas de gestación[86].

---

[82] Baigún, David; Zaffaroni, Eugenio Raúl dirección; Terragni, Marco A. coordinación "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial" Tomo 3. Arts. 79/96 Parte Especial. Marcela De Langhe supervisión. Editorial Hammurabi. Bs. As. 2007, pág. 637.
[83] Ob. Cit. nota anterior, pág. 640.
[84] Donna, Edgardo Alberto "Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I". Rubinzal Culzoni Editores, 3ª edición actualizada. Bs.As. 2007, pág. 68.
[85] Ver ob. Cit. en nota 62, pág. 628.
[86] De la Canal, Victorio Martín "La atipicidad del aborto en las primeras siete semanas", publicado en http://www.pensamientopenal.com.ar/19042007/canal.pdf.

A este respecto, debemos tener en cuenta, siempre como marco, lo prescrito por el artículo 4º de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (C.A.D.H.) que reza los siguiente: *"Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.*[87], por lo que, más allá de la cuestión filosófica del comienzo de la vida, y la consideración médica del aspecto, para mantenernos ajenos a la polemización sobre tales tópicos, tomaremos como base la máxima protección jurídica de la vida, esto es, que en nuestro ordenamiento, está protegida desde el momento de la concepción en todas las ramas que aluden a algún aspecto de ella, por lo que siendo el Derecho Penal parte del sistema, la última ratio por su poder sancionador, sólo debe ingresar a la escena cuando la vida es afectada. En el caso del aborto, en su integralidad, es decir, cuando la persona por nacer es muerta dolosa –arts. 85 y 86- o culposamente –art. 87-, con la salvedad del adelantamiento de punición previsto para la tentativa de terceros en el art. 88.

Sin abundar más en detalles sobre el delito de aborto en sí, ni en sus aspectos dogmáticos como así tampoco sobre los problemas que presenta en nuestra legislación, tarea que ha merecido una multiplicidad inusitada de opiniones y que sería pasible de un tratado al respecto, diremos que aunque nuestro Código Penal no brinda un concepto del término "aborto", éste puede precisarse internamente tanto considerando los elementos típicos del tipo legislado en el artículo 85 como sistematizándolo con los siguientes -86, 87 y 88-.

Así, vemos que el delito de aborto se encuentra dentro del título primero del Código Penal "Delito contra las personas", capítulo primero "Delitos contra la vida", por lo que la acción sobre la cual se procure averiguar la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, debe estar dirigida contra una persona, es decir, todo ente que presente signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes (art. 51 del Código Civil); en el caso del aborto, contra una persona por nacer. Téngase en cuenta que en nuestra legislación la existencia de las personas de existencia visible

---

[87] Aunque podría analizarse la interpretación que el autor citado hace de la fórmula "en general", considerándola como "no siempre", y obtener quizá una conclusión acercada pero esa cuestión resulta por hoy ajena al propósito de este trabajo.

comienza desde la concepción en el seno materno (art. 70 del Código Civil), y en el caso del aborto al conducta se dirige contra una persona por nacer, esto es la que no habiendo nacido aún está concebida dentro del seno materno (art. 63 del Código Civil)[88], por lo que se excluyen ab initio todas las conductas que se dirigen contra entes que no sean personas; como así también todas las que se realizan sobre elementos humanos anterior o posteriormente a la concepción fuera del seno materno (fecundación in vitro, por ejemplo), puesto que, si bien la vida extrauterina merece el estatus de bien jurídico protegido por la normativa civil, a los fines de la ley penal la igualación no es posible debido a que se estaría haciendo analogía in malam partem, puesto que se ampliaría un tipo penal que resulta claro al ser integrado con una norma civil que indica expresamente "concepción en el seno materno", al menos hasta tanto ello no sea reformado. Y en general, se excluye también a todas aquellas conductas que no produzcan lesión sobre el bien jurídico vida[89]. Vemos de esta manera, que partiendo de una acción, conceptuada como voluntad humana final -exteriorizada en el mundo-[90], dirigida a dañar la vida de una persona por nacer, avanzando un escalón más, ya situados en la tipicidad, nos encontramos con que los requisitos a completar son: la existencia del embarazo circunstanciado[91] de la mujer, la existencia de la persona por nacer, el empleo de medios idóneos para producir el daño, y la muerte subsiguiente del

---

[88] Para un acabado estudio de estas cuestiones y de la protección jurídica que actualmente tiene en nuestro ordenamiento la persona por nacer, ver Bueres, Alberto J, dirección; Elena I. Highton, coordinación: "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", 1ª ed. 2ª reimp. Editorial Hammurabi, Bs. As. 2005, pág. 504 y ss.

[89] Téngase en cuenta en este tópico lo sostenido por la doctrina y jurisprudencia dominante en estos días respecto de la necesidad de lesión o peligro concreto a los bienes jurídicos para que el estado pueda habilitar poder punitivo y lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Arriola", máxime lo afirmado por el Ministro Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, quien en su considerando 10 dijo lo siguiente: "…queda claramente configurado el conflicto constitucional entre una norma federal que sanciona una conducta sin que se acredite peligro concreto o daño y por lo tanto en abierta contradicción con el artículo 19 de la Constitución Nacional".

[90] Para mayor detalle sobre la estructura y contenido del concepto de acción que utilizamos, ver la reciente obra del profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, titulada "Estructura básica del derecho penal" Editorial EDIAR, Bs. As. 2009, págs 61 a 71, y el invaluable DVD explicativo que el autor ha anexado al texto escrito.

[91] Incluimos esta calificación -circunstanciado- por lo que veremos más adelante, respecto a que el término aborto se encuentra determinado no sólo por su enunciación en el artículo 85 sino también por el 86 al indicar que no debe provenir de una "violación" sobre cualquier mujer o "atentado al pudor sobre mujer idiota o demente".

producto de la concepción; mientras que subjetivamente se exige el dolo específico de causar la muerte del "feto"[92].

Pues recién ahora estaríamos en condiciones de saber que cuando en nuestro Código Penal aparece la palabra "aborto" se está refiriendo al contenido específico precedentemente dado, sin perjuicio de que al momento de analizar el aspecto de la tipicidad ahondaremos mucho más sobre los pormenores del contenido de cada uno de los elementos que lo conforman.

"Médico diplomado"

Esta cópula conformada por dos términos no merece demasiado detalle, pero no obstante ello veamos su significado para nuestro ordenamiento legal.

Según el diccionario de la Real Academia Española, en su vigésima segunda edición, médico/ca proviene del latín *medĭcus* y tiene las siguientes acepciones:

1. adj. Perteneciente o relativo a la medicina.

2. m. y f. Persona legalmente autorizada para profesar y ejercer la medicina.

MORF. U. t. la forma en m. para designar el f.

3. f. coloq. desus. Mujer del médico.[93]

Lo transcrito en el número 2 parece ser el significado que más se ajusta al contenido que previó el legislador al hacer expreso en el artículo que analizamos la intención de que quien lleve a cabo los mecanismos abortivos, sea una persona que ha transitado la carrera de medicina y sea por ello acreditable su idoneidad para ejercer esa profesión, aunque no sea de la especialidad que se requiera, por ejemplo ginecología u obstetricia.

---

[92] El entrecomillado se debe a lo dicho más arriba sobre la extensión del concepto de feto en materia jurídico-penal.
[93] http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=medico.

En nuestro país contamos con una ley específica que trata lo referido en el párrafo anterior, diciendo que "Queda prohibido a toda persona que no esté comprendida en la presente ley participar en las actividades o realizar las acciones que en la misma se reglamentan…" –artículo 4º de Ley 17.132-.[94]

El otro término de la cópula, diplomado, según el mismo diccionario, proviene del latín *diplomar* y significa:

1. m. y f. Persona que ha obtenido un diploma.[95]

Con ello tenemos que, tanto al momento de la sanción el Código Penal, como en la actualidad, lo que significa "médico diplomado" en el texto legal, es que se requiere en quien realice las conductas abortivas permitidas que sea una persona que ha recibido su título de médico, sin exigir además especialidad en determinado campo, aunque si la posee en uno específico relacionado al tema mayor será su pericia, y que cuente con su título habilitante producto de haber aprobado todas las materias propias de la carrera médica, y se le haya otorgado aquél diploma. Según la normativa específica, para estar habilitado para su ejercicio, en el consultorio médico deberá exhibirse el diploma o certificado habilitante con su correspondiente número de matrícula –art. 7, 2º párrafo, de Ley 17.132-.

Podría agregarse para mayor seguridad, aunque no sería un requisito excluyente al nivel de la tipicidad, que el médico interviniente se encuentre legalmente autorizado para ejercer la medicina en la porción territorial en que se desempeña, de acuerdo a las normas locales, esto es, que se encuentre matriculado, pues la Ley 17.132, en su artículo 13, dispone "El ejercicio de la medicina sólo se autorizará a médicos, médicos cirujanos o doctores en medicina, previa obtención de la matrícula correspondiente. Podrán ejercerla: a) los que tengan título válido otorgado por Universidad Nacional o Universidad Privada y habilitado por el Estado Nacional; b) los que tengan título otorgado por una universidad extranjera y que hayan revalidado en una Universidad Nacional; c) los que tengan título otorgado por una universidad extranjera

[94] Ley 17.132 denominada "Arte de curar. Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas". B.O. 31/01/1967.
[95] http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=diplomado.

y que en virtud de tratados internacionales en vigor hayan sido habilitados por Universidades Nacionales; d) los profesionales de prestigio internacional reconocido, que estuvieran de tránsito en el país y fueran requeridos en consultas sobre asuntos de su exclusiva especialidad. Esta autorización será concedida a solicitud de los interesados por un plazo de seis meses, que podrá ser prorrogado a un año como máximo, por la Secretaría de Estado de Salud Pública. Esta autorización sólo podrá ser nuevamente concedida a una misma persona cuando haya transcurrido un plazo no menor de cinco años desde su anterior habilitación. Esta autorización precaria en ningún caso podrá significar una actividad profesional privada y deberá limitarse a la consulta requerida por instituciones sanitarias, científicas o profesionales reconocidos; e) los profesionales extranjeros contratados por instituciones públicas o privadas con finalidades de investigación, asesoramiento, docencia y/o para evacuar consultas de dichas instituciones, durante la vigencia de su contrato y en los límites que se reglamenten, no pudiendo ejercer la profesión privadamente; f) los profesionales no domiciliados en el país llamados en consulta asistencial deberán serlo por un profesional matriculado, y limitarán su actividad al caso para el cual ha sido especialmente requerido, en las condiciones que se reglamenten; g) los profesionales extranjeros refugiados en el país que fueron habilitados en virtud del artículo 4°, inciso f) del Decreto número 6.216/44 (Ley 12.912) siempre que acrediten a juicio de la Secretaría de Estado de Salud Pública ejercicio profesional, y se encuentren domiciliados en el país desde su ingreso.”. Ergo, tales son taxativamente, en la actualidad legal de nuestro país, los médicos diplomados para el Código Penal.

Las parteras y farmacéuticos, como así también todos los demás profesionales de la salud, están exentos de la comprensión de los dos incisos del artículo 86 por expresa omisión legal, ya que cuando el legislador los quiso incluir en la norma legal lo hizo expresamente –ver la primera parte del artículo-, por ende al haberlos excluido de los dos incisos siguientes sólo cabe colegir que se lo hizo voluntaria y decididamente, por ende están fuera de dicha normativa y sólo pueden efectuar el aborto impune los médicos diplomados.

“Consentimiento”

Según el diccionario de la Real Academia Española significa:

1. m. Acción y efecto de consentir.

2. m. *Der.* Manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente.

3. m. *Der.* En los contratos, conformidad que sobre su contenido expresan las partes[96].

Este vocablo aparece dos veces en el texto del artículo 85 del Código Penal originario, una vez en el inciso 1º y otra en el 2º, también está presente y relacionado al aborto en el segundo párrafo del artículo 86 y en el 88. Aparece también en el 125 relacionado al tipo penal de corrupción de menores, dos veces en el 131, relacionado al tipo de rapto, en el 132 relacionado al casamiento del agresor con la víctima de los tipos penales de violación, estupro, rapto o abuso deshonesto, en el 137 relacionado al matrimonio ilegal consentido por el representante legal de un menor impúber, y por último en el 301 respecto de las autoridades de una persona jurídica que consintiere actos contrarios a la ley o los estatutos.

En el artículo 74 aparece la palabra “consentido” en un sentido similar, aunque referido en ese caso al adulterio, como un impedimento para iniciar la acción penal si precisamente el marido lo prestó para que el accionar prohibido se lleve a cabo.

Para dar un concepto preciso de este término habría que recurrir al Código Civil, que es donde se regula acabadamente respecto del consentimiento en diferentes institutos legales pero como sanamente lo ha entendido históricamente la doctrina, y como se sigue considerando en la actualidad, el consentimiento al que aluden los artículos 85 y 86, si bien tiene el mismo alcance que el civil no se le requieren las mismas formalidades.

---

[96] http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=consentimiento.

En el caso del artículo 85 se ha dicho que "El consentimiento de la mujer puede manifestarse de cualquier modo y puede ser expreso o tácito. La mujer ha de ser persona capaz para prestar el consentimiento. Es opinión dominante que la capacidad exigible no es la civil; la ley requiere capacidad penal, de la que están excluidos los menores, inimputables y los que actúan bajo error o amenaza (Gómez, Manzini, Soler)"[97], tanto en este caso como en los del artículo 86 en que se hace referencia a la mujer capaz, es sólo ella quien puede prestar el consentimiento, empero en la última parte del inciso 2º del artículo 86 aparece el consentimiento como requisito habilitante de la práctica abortiva pero en este caso debe prestarlo el representante legal, en razón de la incapacidad intelectual de la mujer embarazada. A este respecto cabe la misma interpretación que para el caso anterior, si bien es exigible dicho consentimiento en todos los casos, no debe cercenarse la práctica requiriéndose demasiadas formalidades, pues, tal como lo regula la ley civil, el representante legal sustituye la voluntad de la persona representada. La doctrina especializada lo sostiene en los siguientes términos: "En el sistema de la representación la voluntad del incapaz es sustituida por la voluntad de la persona u órgano que lo representa, remediándose así la insuficiencia o ineptitud moral o física que lo afecta"[98].

Los efectos del consentimiento en relación al aborto se pueden sintetizar diciendo que para los terceros, incluidos los profesionales médicos, se agrava la pena cuando aquél falta, y para la mujer, la torna coautora del delito tentado o consumado, aunque con menos pena prevista para ella. Pero puede desistir hasta el momento de la consumación interrumpiendo así la tipicidad, excluyéndola.

Es cierto sí que habrá que recurrir a la ley civil para saber quién debe ser el representante legal de cada persona en cada caso particular (art. 57 del Código Civil), y si el consentimiento fue expresado voluntariamente, es decir, con discernimiento, intención y libertad, cuestiones que en caso de originarse un proceso administrativo o judicial, serán materia de prueba.

---

[97] Fontán Balestra, Carlos "Derecho Penal. Parte Especial" Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, decimoséptima edición. Editorial Abeledo Perrot. Bs. As. 2008, pág. 80.

[98] Bueres, Alberto J, dirección; Elena I. Highton, coordinación: "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", 1ª ed. 2ª reimp. Editorial Hammurabi, Bs. As. 2005, pág. 496.

Cabe decir por último que en el caso de que la mujer sea idiota o demente, no es exigible para la autorización de la práctica abortiva del artículo 86 que haya sido declarada tal por el proceso legal correspondiente, sí a los efectos civiles, pero no a los efectos penales.

"No es punible"

Según el diccionario de la Real Academia Española, la palabra punible significa:

1. adj. Que merece castigo.

Esta cópula de imposible precisión que el legislador introdujo en el artículo que estudiamos, es uno de los aspectos que más nos ha llamado la atención y que resultará uno de los ejes principales de nuestra crítica a las teorías tradicionales que han considerado que con ella se aludía a causas de justificación, la mayoría, es decir a la exclusión del delito en el nivel de la antijuridicidad, o, algunos otros, a causales de inculpabilidad, es decir, a la exención de pena en el último estrato del análisis dogmático de un delito.

Ahora bien ¿por qué nosotros decimos que es de imposible precisión? Pues, no sólo afirmaremos eso sino también que la equiparación de "no es punible" con "causal de justificación" o "causal de inculpabilidad" también es infundada y arbitraria.

Dicha cópula en el Código Penal de 1921 –y aun se mantiene así- aparecía también en los artículos 34, 36 y 88, ya sea en singular o en plural. De una lectura no muy profunda de los artículos referidos surge ya, y palmaria, la conclusión a la que arribamos, puesto que, en los 7 incisos del artículo 34, que el legislador denominó genéricamente como "no punibles", hay supuestos en que, dependiendo de las posturas que se tengan en relación a las escuelas dogmáticas, ni siquiera hay acción o conducta en sentido de voluntad final, otros encuadrables en estados de necesidad justificante, otros en estados de necesidad exculpante, casos de atipicidad, casos de inculpabilidad, excusas absolutorias, y por último lo relacionado a la legítima defensa –propia y de terceros-, es decir, supuestos que recorren desde el sustantivo inicial de la teoría del delito –acción, conducta o acto- hasta casos encuadrables en los tres adjetivos que sobre

aquél se predican para la construcción delictual –tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad-, por lo que mal podría concluirse que cuando nuestro legislador dice "no es/son punible/s" está aludiendo a uno sólo de los estadios dogmáticos en que se descompone el delito.

A ello debe agregarse además que en el caso del artículo 36 originario, hoy derogado por ley 14.394, el legislador utilizaba esa cópula para designar a la falta de punibilidad del menor de catorce años, literalmente decía "No es punible el menor de catorce años", cuestión que luego pasó a la doctrina como inimputabilidad, término que aún es utilizado hasta nuestros días haciendo referencia a los menores de edad que no pueden recibir pena de acuerdo a nuestra legislación, error técnico y lingüístico mediante, debido a que la inimputabilidad es en sí, y técnicamente, una característica de un acto y no del autor.

Por último, en el artículo 88 originario –aún vigente- al regular la tentativa del delito de aborto, aparecía la cópula en la siguiente frase "La tentativa de la mujer no es punible", lo que tradicionalmente ha sido visto como una excusa absolutoria.

Había en el código de 1921 además otras fórmulas que se pueden equiparar en efectos a la que hemos estudiado. Por ejemplo, en el artículo 117 decía "quedará exento de pena", en el 185 y en el 277, inciso 3º, "están exentos de responsabilidad criminal", en el 217 "quedará eximido de pena", en el 232 "sólo serán enjuiciados", en el 278 "Estarán exentos de pena" y en el 279 "La exención de pena". Para agregar más confusión, la ley 25.246 (B.O. 10/5/2000) modificó la redacción de este último artículo, y en su inciso segundo incluyó la frase "no será punible".

Ya decía acertadamente Soler que la expresión "No son punibles" del artículo 34 "…no puede ser valorada como una manifestación doctrinaria del legislador, en el sentido de que las causas de justificación sean dogmáticamente meras causas de impunidad pero que dejan subsistente la ilicitud intrínseca del acto … El C.P al decir "no son punibles", se limita a expresar lo que a un código sancionador corresponde, esto es, que en tales casos no se aplica pena, sea por uno o por otro motivo. Pero ni dentro mismo del derecho penal pueden identificarse las causas de justificación, las causas de

inimputabilidad y las excusas absolutorias, pues sus efectos son radicalmente distintos."[99]

De todo esto sólo puede colegirse que, tanto en el código de 1921 como en el actualmente vigente, cuando aparece la frase "no es o no son punible/s", sólo puede predicarse de los actos que ingresen en el encuadre que no serán pasibles de sanción penal, pero no puede asegurarse de modo general que ello se deba a falta de acción, de tipicidad, de antijuridicidad o de culpabilidad, cuestión que se verá en cada caso concreto.

"Embarazo"

Este vocablo según el diccionario de la Real Academia Española tiene las siguientes acepciones:

1. m. Impedimento, dificultad, obstáculo.

2. m. Estado en que se halla la hembra gestante.

3. m. Encogimiento, falta de soltura en los modales o en la acción.[100]

El término embarazo aparece en el artículo 86, inciso segundo, y en el 87, mientras que en el 86, segundo párrafo, el legislador eligió la palabra "encinta" pero claramente tienen el mismo significado, es decir que ambos términos son utilizados como sinónimos.

La segunda acepción descrita es la que más se ajusta al contenido del concepto que eligió el sancionador del código de 1921, esto es que, cuando aparece la palabra embarazo o encinta, se está haciendo referencia al estado en el que se encuentra una mujer que alberga en su interior un óvulo fecundado por uno o más espermatozoides. Empero ello, es necesario hacer una precisión fundamental.

---

[99] Soler, Sebastián "Derecho Penal Argentino. Tomo I". Actualizado por Guillermo J. Fierro. Editorial TEA. Bs.As. 1996, pág. 409.
[100] http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=embarazo.

Si bien el vocablo en su significado cotidiano es igual al jurídico, es decir, refiere al estado en que se encuentra la mujer que ha concebido, dentro de nuestro código penal debe agregársele una característica más, no a su significado sino como requisito para que la conducta ingrese dentro de la esfera normativa tal y como están redactados los artículos 85 y 86 y por ende se habilite poder punitivo. Tal elemento es que el embarazo no provenga de una violación hacia cualquier mujer o de un atentado al pudor sobre una mujer idiota o demente, puesto que tales circunstancias fueron enunciadas específicamente por el legislador, que según ya tuvimos tiempo de analizar ut supra, fueron el resultado de por lo menos cuatro procesos de redacción integrados por personas y criterios diferentes, habiendo quedado el concepto de aborto punible integrado por el juego de los dos artículos mencionados, por ende conformando como requisito típico ese carácter circunstanciado del embarazo para que se habilite el poder punitivo contenido por el artículo 86 inciso 2º.

En suma, por expreso mandato legal, si el embarazo tuvo lugar en las circunstancias enunciadas por el código, esto es, mediante un acto configurativo de abuso sexual con acceso carnal sobre cualquier mujer, la conducta de quien lo interrumpa en su proceso, no será punible, ya que ello surge como nota característica del delito de aborto conformado por los artículos 85 y 86 del C.P.

Dicho esto, veremos más adelante cuál es la ubicación de este concepto circunstanciado de embarazo dentro de la estructura típica legal.

"Violación"

Según el diccionario de la Real Academia Española significa:

(Del lat. *violatĭo, -ōnis*).

1. f. Acción y efecto de violar[101].

Y violar:

[101] http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=violaci%C3%B3n.

(Del lat. *violāre*).

1. tr. Infringir o quebrantar una ley, un tratado, un precepto, una promesa, etc.

2. tr. Tener acceso carnal con alguien en contra de su voluntad o cuando se halla privado de sentido o discernimiento.

3. tr. Profanar un lugar sagrado, ejecutando en él ciertos actos determinados por el derecho canónico.

4. tr. Ajar o deslucir algo[102].

Este concepto daba nombre al antiguo Capítulo II, del Título 3º, del Código Penal y trajo sus complicaciones en su tiempo, pero en la actualidad habiendo sido modificado por la ley 25.087 (B.O. 14/5/99), no ofrece las mismas dificultades. Es claro que se refiere con dicho término al abuso sexual con acceso carnal del artículo 119 del Código Penal, por lo que no es necesario redundar en su conceptuación, ya que excedería el marco fijado para el presente aporte[103], y como puede verse el diccionario en la acepción 2 coincide plenamente.

"Atentado al pudor"

Según el diccionario de la Real Academia Española las palabras atentado y pudor tienen las siguientes acepciones:

Atentado.

(Del part. de *atentar*).

1. adj. desus. Cuerdo, prudente, moderado.

2. adj. desus. Hecho con mucho tiento, sin meter ruido.

---

[102] http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=violar.

[103] Para un pormenorizado estudio del artículo 119 del Código Penal, ver Donna, Edgardo A. "Delitos contra la integridad sexual". Editorial Rubinzal Culzoni. Bs. As. 2000.

3. m. Agresión o desacato grave a la autoridad u ofensa a un principio u orden que se considera recto.

4. m. Agresión contra la vida o la integridad física o moral de alguien.

5. m. *Der.* Delito que consiste en la violencia o resistencia grave contra la autoridad o sus agentes en el ejercicio de funciones públicas, sin llegar a la rebelión ni sedición.

6. m. p. us. Procedimiento abusivo de cualquier autoridad.

Pudor.

(Del lat. *pudor, -ōris*).

1. m. Honestidad, modestia, recato

Más allá de la conceptuación de cada uno de los vocablos por separado, la conjunción "atentado al pudor", extraña a nuestra legislación, tenía una significación específica en la fuente de la cual fue tomado, versión francesa del anteproyecto de Código Penal para Suiza de 1916.

Este concepto ya fue analizado anteriormente al referirnos a la historia legislativa del artículo 86 inciso 2º del Código Penal, sólo resta decir, tal como se concluyera, que remite al abuso sexual con acceso carnal sobre mujer idiota o demente pura y exclusivamente, con la única excepción del llamado médicamente "seminario inter femora" o "coito perineal o externo", es decir que si el embarazo proviene de un acto abusivo de la integridad sexual de la mujer aunque sin acceso carnal, el aborto producido no será punible.

"Mujer idiota o demente".

Definamos los tres términos comenzando por su significado literal según el diccionario de la Real Academia Española:

mujer.

(Del lat. *mulĭer, -ēris*).

1. f. Persona del sexo femenino.

2. f. **mujer** que ha llegado a la pubertad o a la edad adulta.

3. f. **mujer** que tiene las cualidades consideradas femeninas por excelencia. *¡Esa sí que es una mujer!*

4. f. **mujer** que posee determinadas cualidades. *Mujer DE honor, DE tesón, DE valor.*

5. f. **mujer** casada, con relación al marido.[104]

Como vemos, el primero, por general, será el término más acorde a la significación que nuestra ley penal contextualmente da a ese vocablo, pues de la lectura de los distintos artículos que lo contienen surge inequívoca la conclusión de que con él se hace referencia a lo que en el Código Civil se denomina persona de existencia visible –art. 51– sólo que a estos efectos, únicamente de sexo femenino, pues los hombres, al menos en el estado actual de la ciencia, aún no pueden concebir.

idiota.

(Del lat. *idiōta,* y este del gr. ἰδιώτης).

1. adj. Que padece de idiocia. U. t. c. s.

2. adj. Engreído sin fundamento para ello. U. t. c. s.

3. adj. coloq. Tonto, corto de entendimiento.

4. adj. desus. Que carece de toda instrucción.[105]

---

[104] http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=mujer.
[105] http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=idiota.

Creemos que el significado más ajustado al precepto de nuestra ley es el primero, por lo que resulta necesario definir además, idiocia.

idiocia.

(De *idiota*).

1. f. *Med.* Trastorno caracterizado por una deficiencia muy profunda de las facultades mentales, congénita o adquirida en las primeras edades de la vida.[106]

Esta patología, que se entendía congénita en gran parte de los casos, y adquirida tempranamente en el resto, es lo que tuvo en miras el legislador al disponer la no punibilidad del aborto, por entonces denominado, eugenésico, y así lo estableció en su exposición de motivos, tal como tuvimos oportunidad de verlo ut supra. Es decir, se intentaba evitar el nacimiento de seres humanos con taras hereditarias.

demente.

(Del lat. *demens, -entis*).

1. adj. Loco, falto de juicio. U. t. c. s.

2. adj. *Med.* Que padece **demencia** (□ deterioro de las facultades mentales).[107]

Igual que en el caso anterior, al ser legislado en nuestro Código Penal histórico, por motivos eugenésicos, es decir, que lo que se trataba de evitar era el nacimiento de personas con taras congénitas, es la tercer acepción la que consideramos más acorde con esa postura. Así, nos resulta necesario pues, definir demencia.

demencia.

(Del lat. *dementĭa*).

---

[106] http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=idiocia.
[107] http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=demente.

1. f. Locura, trastorno de la razón.

2. f. *Med.* y *Psicol.* Deterioro progresivo e irreversible de las facultades mentales que causa graves trastornos de conducta. *Demencia senil.*[108]

Aquí como vemos los dos conceptos nos dan una idea clara de la patología, aún sin ingresar, como ya dijimos, en un tratamiento técnico-médico de cada una de los tópicos que conforman la demencia.

Con lo dicho respecto de la idiocia y la demencia, podemos decir que los vocablos utilizados en el artículo 86 de la Ley Penal Sustantiva, aluden a las personas de sexo femenino que son portadoras de tales patologías, ya sea transitoria o permanentemente, y que en el momento del hecho que produjo su embarazo, no les permitió prestar o no su consentimiento en pleno uso de sus facultades psíquicas.

Como dice Donna en relación a la violación o atentado al pudor sobre una mujer que se encuentre bajo los efectos de demencia o idiocia, "En este punto no hay duda en la doctrina de que el aborto es posible. Se exige, como condición fundamental, una violación o atentado al pudor, que haya dado lugar al embarazo de mujer idiota o demente. Según Núñez, la idiotez o demencia debe ser un estado de la mujer en el momento de la violación o del atentado al pudor. Por lo tanto, si la mujer es normal y posteriormente se vuelve idiota o demente, no es de aplicación el artículo en cuestión. Sólo podrá hablarse del aborto terapéutico."[109]

No nos parece demasiado útil ingresar en el análisis de la demencia en sentido médico y en sentido jurídico, e intentar establecer sus diferencias y sus alcances, pues excedería el marco propuesto para este trabajo, sólo diremos como ya lo hemos hecho, que la demencia o idiocia exigida por el legislador penal, sin importar sus causas, consecuencias, tiempo en que permanecerá, si curará o no, y si dejará secuelas o no, debe ser actual -al momento del hecho que ocasionó el embarazo- y de un grado tal que no le permita a la mujer prestar libremente su consentimiento. Adhiriendo a lo sentado

---

[108] http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=demencia.

[109] Donna, Edgardo A. "Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I". 3ª edición actualizada. Bs. As. 2007. Editorial Rubinzal Culzoni., pág. 87.

por Núñez diremos que si prestó su consentimiento en un intervalo lúcido, tiene plena validéz y no podrá desconocerse luego cuando se vuelve al estado demencial o idiota.

Si se atiende a la genealogía del artículo y la motivación puesta de manifiesto por el legislador histórico, además esa idiocia o demencia debe ser idonea para transmitir por herencia la tara de que se trate.

Finzi decía al respecto que "si se aplica la norma del art. 86, inc. 2º, obedeciendo a reglas eugenésicas, en tal caso, más que una acción que no tiene carácter ilícito se trata de una acción en cuya realización el Estado está interesado como guardián de la salud pública. Si, por el contrario, dichas razones no existen, siempre la ley reconoce en la mujer un motivo sentimental para no querer ser madre. Ella está facultada a oponerse al nacimiento de un ser que fue engendrado por un delincuente que ha aprovechado el estado de demencia de la víctima para cumplir el acto carnal"[110]

Sólo agregaremos dos cuestiones, primero que en relación a la incapacidad de la mujer demente o idiota no es necesario a los efectos penales que haya sido declarada por el proceso civil respectivo, puesto que debe tenerse en cuenta sólo si en la realidad del caso concreto pudo o no prestar libremente su consentimiento, y en este aspecto el código Civil es claro en su artículo 140, y permite dicha interpretación, puesto que dice textualmente "Ninguna persona será habida por demente, ***para los efectos que en este Código se determinan***, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente" –el resaltado es nuestro-; y en segundo lugar, debe recordarse la reserva que ya hemos efectuado en relación a la previsión de casos de abortos no punibles por cuestiones eugenésicas, a las que consideramos como discriminatorias.

"Representante legal"

Este término aparecía además en el artículo 76 del Código Penal de 1921, mientras que en el 137 lo hacía con la fórmula representante legítimo, pero haciendo referencia claramente al mismo instituto regulado por el Código Civil en los artículos 57

[110] Finzi, Marcelo "El llamado aborto eugenésico. El consentimiento del representante legal", JA, 1946-IV-414, relevado por Lucila Larrandart en página 669 de la obra citada en nota 62.

a 62 y concordantes de cada uno de los restantes institutos que refieren una representación determinada.

Entre las acepciones de las dos palabras que conforman el concepto legal, según la Real Academia Española, tenemos las siguientes:

representante.

(Del ant. part. act. de *representar*).

1. adj. Que representa.

2. com. Persona que representa a un ausente, cuerpo o comunidad.

3. com. Persona que promueve y concierta la venta de los productos de una casa comercial, debidamente autorizada por esta.

4. com. Persona que gestiona los contratos y asuntos profesionales a actores, artistas de todas clases, compañías teatrales, etc.

5. com. Actor o actriz de teatro.[111]

legal.

(Del lat. *legālis*).

1. adj. Prescrito por ley y conforme a ella.

2. adj. Perteneciente o relativo a la ley o al derecho.

3. adj. Verídico, puntual, fiel y recto en el cumplimiento de las funciones de su cargo.

4. adj. coloq. *Esp.* Leal o formal en su comportamiento.[112]

---

[111] http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=legal.

Vemos así, que de los dos términos, las acepciones que más se ajustan a nuestro ordenamiento penal son las dos enunciadas como 1, es decir que, en resumidas cuentas, la representación legal supone una persona capaz que representa a otra incapaz, ya sea absoluta o relativamente incapaz, cuyo régimen esta prescripto u ordenado por la ley, en nuestro caso, por la Ley Civil.

Más allá de los pormenores del instituto de la representación legal, y que remitimos para quien quiera profundizar a la obra de Alberto Bueres y Elena Highton[113], sólo diremos que supone en todos los casos el reemplazo de la voluntad de la persona directamente interesada en un asunto por la expresada por otra, que, por la situación particular que ocupa en relación a aquélla, legalmente se le ha dispuesto o judicialmente se le ha otorgado.

Y a los efectos penales, es decir, en relación al consentimiento que debería formular en casos de "violación" a mujeres menores de edad o "violación o atentado al pudor sobre mujeres idiotas o dementes", a resultas de lo cual se cause un embarazo, sólo deberá exigírselo en su carácter de representante dispuesto por ley, sin la necesidad de seguir ningún proceso civil o de otra índole, de manera previa a su manifestación, en atención a la urgencia debida al paso del tiempo en la evolución de los embarazos y sus consecuencias, y a los plazos legales a que estamos acostumbrados en nuestras latitudes. Aparte de que los institutos civiles están previstos para esos fines y no puede exigírselos con el mismo rigorismo para el sistema punitivo que de por sí es discontinuo y que en estos casos la exclusión de ese rigorismo sería además una interpretación contentora del poder punitivo.

En relación a este tópico, debe tenerse en cuenta que cada vez que nuestra Ley Civil Sustantiva designa a una persona en la representación de otra lo hace con fórmulas que hacen a su designación "sólo a los efectos civiles", "sólo en relación a los actos de la vida civil", o equivalentes –ver los regímenes de minoridad, patria potestad,

---

[112] http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=legal.

[113] Bueres, Alberto J, dirección; Elena I. Highton, coordinación: "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", 1ª ed. 2ª reimp. Editorial Hammurabi, Bs. As. 2005.

representación, tutela y curatela en artículos 57 y ss., 126 y ss., 140 y ss., 153 y ss., 264 y ss., 377 y ss., y 468 y ss., todos del Código Civil; por lo que al traspolarse a su tratamiento dentro de un hecho para averiguar si es delito o no, deben tenerse en cuenta todos los principios del derecho penal para así acotar el poder punitivo lo más racionalmente que se pueda, dentro del marco de irracionalidad propio del selectivo sistema penal.

En relación a cuál es el estado de las mujeres dementes mayores de edad, Finzi ha dicho ya por todos que "Al redactar el art. 86, inc. 2º, el legislador presupone que siempre existe un sujeto idóneo para prestar este consentimiento, lo que confirma que el problema del "representante legal" no se agota con la determinación de quien es el representante legal de la demente mayor de edad, y lleva a afirmar perentoriamente que la demente mayor de edad, no interdicta, "debe tener" un representante que, a los fines del art. 86, inc. 2º, supla la carencia del representante legal indicado por el Código Civil" y acudiendo a la analogía dice que lo son sus padres en virtud del artículo 57, inciso 3º, del Código Civil.[114]

"Requerido"

Tal vocablo aparecía además en el artículo 273 del Código Penal de 1921.

Según el Diccionario de la Real Academia Española es el participio de la forma no personal del verbo requerir, y éste significa lo siguiente:

requerir.

(Del lat. *requirĕre*).

1. tr. Intimar, avisar o hacer saber algo con autoridad pública.

2. tr. Reconocer o examinar el estado en que se halla algo.

3. tr. **necesitar.**

[114] Idem nota 88, pág. 700.

4. tr. Dicho de una persona: Solicitar, pretender, explicar su deseo o pasión amorosa.

5. tr. **<u>inducir</u>** (□ instigar).[115]

Creemos que el significado 4º es el más ajustado a nuestra ley penal, cuando dice "el consentimiento del representante legal será requerido" lo que está significando es será solicitado, sin prever ninguna formalidad especial al nivel de la tipicidad, pero claramente sería aconsejable formalizarlo de alguna manera para deslindar responsabilidades en un supuesto proceso penal, civil y/o administrativo.

Diremos también que necesariamente la expresión o dación del consentimiento interesa una conducta pasiva, es decir que la persona –mujer o representante legal- reacciona ante el requerimiento de un tercero, y es ésta la actividad que debe exigirse interpretando la ley tal como está redactada, y no una más activa que esa, donde se intente exigir a quien presta el consentimiento que sea él quien lleve adelante la conducta y realice una petición en tal o cual sentido.

Con las definiciones que hemos realizado de los términos que consideramos necesario precisar en el artículo que nos convoca, no pretendemos agotar el tema ni consideramos definitivas las conclusiones a las que hemos ido arribando, sino sólo desentrañar el contenido del artículo, algo oscuro o al menos vago a la primera lectura, para desmitificar algunas cuestiones y en suma partir de la literalidad de los vocablos, que recordemos en la interpretación de la ley penal siempre la literalidad es el ámbito máximo de habilitación de poder punitivo posible, para luego realizar, en los conceptos que consideramos medulares al nivel de la tipicidad, una interpretación lo más específica y acotada posible, aunque procurando amplitud de inclusión de conductas en las eximentes que supone el artículo en análisis.

Resta en el estudio que nos hemos propuesto referirnos a la ubicación dogmática en la estructura delictiva, de las conductas que habilita el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, lo que incluirá como contrapartida referirnos a la tipicidad del tipo

---

[115] http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=legal.

de aborto, por ser el otro lado de la moneda, y a las consecuencias tanto dogmático-penales como procesales y sanitarias del posicionamiento que ensayamos.

CAPÍTULO 4.

POSICIONES DOCTRINARIAS

Ubicación dogmática de las conductas abortivas no punibles.

Historia y actualidad:

En este acápite procuraremos realizar un breve raconto de las principales opiniones doctrinales vertidas en relación a la ubicación dogmática dentro de la estructura del delito –acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad-, de las conductas abortivas que el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal declara no punibles, tratando de guardar una mínima cronología, para continuar luego con la ubicación que nosotros particular y humildemente consideramos correcta.

Rodolfo Moreno (h).

Inmediatamente después de la puesta en vigencia del Código Penal -1922-, Rodolfo Moreno -1923- trata a las conductas previstas en el inciso referido como excepciones al principio general, tomando a este como la agravación especial para ciertos autores, en el caso, para quienes tienen una versación particular en la ciencia médica.[116] De este modo trata el tema, sin entrar en el análisis de si se ubican dentro de la acción con relevancia penal, o dentro de la tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad.

Respecto de la excepción del primer inciso, dice que es innecesario su agregado y la compara con los incisos 3º y 4º del artículo 34 del Código Penal, mediante los cuales ya estaría resueltas a su entender las acciones que se produzcan dentro de ese marco situacional. De sus aseveraciones cabe colegir que lo considera una causa de justificación, es decir, lo ubica dogmáticamente al nivel de la antijuridicidad.

Respecto de la excepción del inciso 2º, sólo dice que "el precepto es necesario a los efectos que el código se propone" y se remite a los fundamentos dados en la expresión de motivos por la comisión del senado que lo ingresara.[117]

Como ya tuvimos oportunidad de ver, de la exposición de motivos surgen fundamentalmente dos cuestiones: primero, que la motivación en fines eugenésicos, esto es evitar que nazcan seres humanos con taras hereditarias, no podría sostenerse actualmente a la luz de la Constitución reformada en 1994, y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos incorporados, que en resumidas cuentas reconocen jurídicamente la vida en su integridad, sin distinguir calidades de personas, y la diversidad, otorgándoles protección en el ordenamiento jurídico; y la segunda cuestión que surge es la no punición de la conducta abortiva en casos de violación, trayendo a colación la comisión del senado las violaciones de las que eran parte las mujeres belgas por los soldados invasores, pero no se especifica si esto es en realidad un permiso, una autorización, la reducción en el ámbito de la autodeterminación de la conducta, una exención de pena, un elemento del tipo, o alguna otra cosa, pues nada dice respecto de la ubicación dogmática del inciso 2º en estudio.

---

[116] Moreno, Rodolfo (h) "El Código Penal y sus antecedentes". Editorial H. A. Tomassi. Bs. As. 1922, pág. 416/417.

[117] Ob. Cit. nota anterior, pág. 423.

Luis Jiménez de Asúa.

Este autor trata al aborto en sus variantes de sentimental y eugénico como causas específicas de no exigibilidad que conducen a la inculpabilidad de su autor.[118] Es decir que, en la sistemática que este eximio profesor utilizaba, los casos comprendidos en el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal argentino, debían quedar impunes porque atento a las circunstancias de hecho que generaron la concepción, ya sea teniendo en cuenta las características del autor, de la víctima y de la cuestión fáctica en sí, o alguno de ellos por separado, el ordenamiento jurídico no puede exigirle a la mujer que sea heroica y lleve a término su concepción aún cuando ha sufrido un atentado violento contra su persona, por lo que al no poder exigirle dicha conducta, su culpabilidad no puede serle reprochada.

Más adelante particulariza en el aborto sentimental y reflexiona citando a Henkel, que "la no exigibilidad de otra conducta es un "principio regulativo", más que normativo, y que, por ende, deja al juez libertad para apreciarlo, la autorización de éste no significaría otra cosa que la *valoración*, en el caso concreto, *de la no exigibilidad como principio regulativo*. En suma, la autorización del juez, dirigida al médico, no sería otra cosa que la expresión de que, en el *caso dado, no se podía exigir a la grávida* que conservara el fruto de la violenta concepción"[119]

Roberto A. M. Terán Lomas.

Este autor se pregunta si nuestra ley penal obliga a la víctima que ha sufrido una violación a soportar las consecuencias del delito sufrido, y responde negativamente. Entiende para ello que la concepción que se generó tiene un origen delictivo, por ende ajeno a la voluntad de la mujer encinta, no pudiendo la ley por ello imponerle sus consecuencias. Ergo, si ese embarazo es interrumpido, tal conducta no puede constituir delito.

Cita en la fundamentación que lo lleva a dicha conclusión el artículo 19 de la Constitución Nacional, y los artículos 29 inc. 1º, 32bis, 119, 369, 901 a 907, 1072,

[118] Jiménez de Asúa, Luis "Tratado de Derecho Penal. Tomo VI. La culpabilidad y su exclusión". Editorial Losada S.A. Bs. As. 1962, pág. 985.
[119] Ob. cit. en nota anterior, pág. 1010.

1077, 1078, del Código Civil, entre otros, a fin de comprobar que la concepción proveniente de un delito no puede ser fuente de obligaciones jurídicas, y en el caso penal no puede constituir un delito por violación a la norma constitucional referida.

Concluye diciendo que si bien el artículo 34, inciso 3º, del C.P., "pueda no resultar de aplicación… la licitud del acto es consecuencia de su confrontación con el orden jurídico en su integridad; la licitud resultante del juego de normas constitucionales y civiles como las citadas, excluye la antijuridicidad del aborto de la mujer víctima de violación, cuya conducta queda desincriminada aunque nada diga al respecto el Código Penal. Se trata de un efecto necesario de la unidad del orden jurídico, la naturaleza sancionatoria del derecho penal y la unidad de la antijuridicidad."[120]

Ricardo C. Nuñez.

Este autor directamente trata el tema que nos convoca en el Título VI de su obra "Tratado de Derecho Penal", titulado "Autorizaciones Legales" dentro del Capítulo concerniente a "La Antijuridicidad del Hecho", por lo que ya desde su ubicación en el abordaje nos está adelantando su posición al respecto.-

En el desarrollo de su postura dice que justamente en la preponderancia de la finalidad eugenésica sobre el interés que para el derecho representa la vida del feto, reside la razón justificadora del aborto no punible del artículo 86, inciso 2º, del C.P.[121]

Es decir que trata el aspecto que estudiamos como una causa de justificación que excluye la antijuridicidad de las conductas que comprende, y aclara que el aborto sentimental no se encuentra comprendido en el inciso de mención. Ha llamado también a este tipo de autorizaciones "intervenciones profesionales impunes".

Alfredo J. Molinario y Eduardo Aguirre Obarrio.

---

[120] Terán Lomas, Roberto A. M. "El aborto de la mujer víctima de violación". Revista Jurisprudencia Argentina. Serie Contemporánea. Tomo 29. Año 1975, pág. 455.

[121] Nuñez, Ricardo C. "Tratado de Derecho Penal" Tomo I. Parte General". 2ª reimpresión. Editorial Marcos Lerner. Córdoba agosto de 1987. Pág. 390.

Este autor si bien no trata el tema en profundidad, se refiere a los casos de aborto no punibles de la segunda parte del artículo 86, como autorizaciones, como abortos no sancionados, es decir, dentro de la lógica de las causas de justificación ya que serían casos que configurarían típicamente un delito pero que por ciertas circunstancias no reciben pena como sí la recibirían de no mediar esas circunstancias excepcionales.[122]

En esa línea su actualizador y revisor Aguirre Obarrio en la misma obra ejemplifica con casos en que el derecho permite y justifica terminar con la vida de una persona cuando algunos bienes jurídicos son atacados ilegítimamente, y concluye que, jurídicamente más importante que la vida es el derecho a no ser agredido.[123]

Carlos Creus.

Creus trata a las conductas previstas en el inciso 2º del artículo 86 como "excusa justificada", "excusa por autorización legal" o simplemente "excusa"[124], es decir también como en el autor anterior dentro de la lógica de las causas de justificación, puesto que habla de que en las circunstancias especiales enunciadas por el inciso la conducta típica estará justificada mientras que en otros casos no.

Carlos Fontán Balestra.

Este autor da por supuesto y sabido el carácter de causa de justificación de la previsión normativa del artículo que tratamos, ya que dirige su atención a la discusión de cuál o cuáles conductas están previstas, preguntándose ¿Está justificado por éste el aborto practicado sobre una mujer cuyo embarazo proviene de cualquiera de los supuestos de violación contemplados en el artículo 119, tercer y cuarto párrafos…? Y ¿sólo se ha querido justificar el aborto llamado *eugenésico*, por ser el estado de gravidez la consecuencia de cópula habida con una mujer idiota o demente, o está también

---

[122] Molinaro, Alfredo J. "Los Delitos". Editorial TEA. Revisión, Bs. As. 1996, pág. 211/217.
[123] Ob. Cit. nota anterior, página 217, nota al pie nº 124.
[124] Creus, Carlos "Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I". 6ª edición actualizada y ampliada. 2ª reimpresión. Editorial ASTREA. Bs. As. 1999, pág. 63/64.

previsto el *aborto sentimental*, que destruye el fruto de cualquier violación?[125], y ya no vuelve a tratar el tema dogmático penal de tales conductas sino que se limita sólo a tratar de establecer si están comprendidas unas y otras conductas conjuntamente o no.

Justo Laje Anaya.

Este autor en relación al inciso 2º del artículo 86 del Código Penal, dice textualmente en una obra de carácter general publicada en 1995, que "Se trata de una regla de justificación que obedece a la preponderancia de la finalidad eugenésica, sobre el interés del Derecho en preservar la vida del feto"[126]

Empero ello, es más claro en su obra particular sobre el tema, donde dice literalmente "Los abortos practicados dentro de los límites de los incisos 1 y 2 del art. 86 del Código Penal no son simplemente causas de eximición o exclusión de la pena; son abortos *justificados* que contienen hipótesis de licitud. El efecto que ambos tienen es impedir, en consecuencia, que un hecho típico sea antijurídico."[127] Y más adelante agrega que el fundamento de esta causa de justificación no es otro que evitar la contaminación de la raza, proteger su pureza, por ende el aborto contenido en ella representa un hecho lícito.[128]

Edgardo Alberto Donna.

Este autor divide en dos las conductas previstas en el inciso 2º del artículo que venimos tratando y las ubica en dos puntos diferentes de la teoría del delito.

Primero, en relación al caso de que la mujer sea idiota o demente da por supuesto y sabido que se trata de una causa de justificación, así dice textualmente "Para Núñez se trata de un aborto que tiene por fin el perfeccionamiento de la raza. De modo que esta finalidad eugenésica sobre el bien jurídico, que es la vida en el seno materno,

---

[125] Fontán Balestra, Carlos "Derecho Penal. Parte Especial" Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma. Décimosexta edición actualizada. Editorial Lexis Nexos-Abeledo Perrot. Bs. As. 2002, pág. 83.
[126] Laje Anaya, Justo; Gavier, Enrique Alberto "Notas al Código Penal Argentino. Tomo II. Parte Especial". Marcos Lerner Editora Córdoba. Córdoba agosto de 1995, pág. 52.
[127] Laje Anaya, Justo ""El homicidio y el aborto en la Doctrina Judicial Argentina". Ediciones Alveroni. Córdoba 2003, pág. 289.
[128] Ob. Cit. en nota anterior, pág. 293.

representa para Núñez la razón justificadora del aborto. Ahora bien, es claro que después del desastre del nacionalsocialismo esta justificante ha entrado en franco desprestigio. Y la tendencia doctrinaria es tender a la exclusión de la justificación… También se ha interpretado que como es una regla de justificación, los términos de idiota o demente no deben ser interpretados en sus términos estrictamente científicos."[129].

Segundo, para el caso de la mujer sana que es violada dice que aunque no lo hubiera previsto la ley "entraría en una causa de no exigibilidad de otra conducta. El Derecho no puede exigir héroes. De esta forma juega como causa que excluye la atribuibilidad, tal como lo hemos sostenido en nuestro libro, basado en criterios de prevención general. Adviértase que quien aborta, en esas condiciones, no tiene una posición contraria al Derecho. Es más, en situaciones normales es seguro que esta mujer no abortaría"[130], y en ese otro libro de su autoría que refiere, Donna explica que "Desde esta perspectiva se está ante la ya conocida teoría de la no exigibilidad de otra conducta (Unzumutbarkeit), en la cual, frente a un hecho que es antijurídico -es decir, en el cual la norma jurídica no pierde su vigencia, como ocurre en las causas de justificación-, la conducta de acuerdo con la norma no será exigida, atento a las circunstancias en que se desarrolla."[131]

Es decir que este autor va más allá de las teorías anteriores y considera que en el caso de que se permita abortar a una mujer sana que ha sido violada, sin una pena consecuente, no sólo configura una acción típica sino también antijurídica, aunque no atribuible por las circunstancias particulares del caso, excluye de pena a la conducta en un ámbito intermedio entre la antijuridicidad y la culpabilidad strictu sensu.

Lucila Larrandart.

Esta autora en un libro dirigido por David Baigún y Eugenio Zaffaroni, luego de repasar algunas consideraciones divergentes respecto de la ubicación dogmática

---

[129] Donna, Edgardo A. "Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I". 3ª edición actualizada. Bs. As. 2007. Editorial Rubinzal Culzoni., pág. 89.
[130] Ob. Cit. nota anterior, pág. 91
[131] Donna, Edgardo A. "Teoría del delito y de la Pena. II. Imputación delictiva". Editorial ASTREA. Bs.As. 1995, pág. 191.

correcta de los casos de aborto que nuestro código denomina "no punibles" concluye que "la admisión que se trata de causas de justificación podría resultar problemática atento el valor de los bienes en conflicto, los que por lo menos resultan de igual valor, con lo cual puede discutirse si nos encontramos ante una justificación o una disculpa"[132]

Eugenio Raúl Zaffaroni

Este autor sostiene que los casos de aborto sentimental –también llamado ético- y eugenésico se enmarcan dentro del ejercicio del derecho a la integridad física o mental puesto que la ley vigente exige sólo evitar el peligro para la vida o salud de la madre, sin distinguir entre salud psíquica y/o física, por ende quedan comprendidos los dos aspectos; y la lesión psíquica en una mujer también es susceptible de ser causada por llevar adelante un embarazo que provino de una violación y/o advertir gravísimas malformaciones en el feto. Por ello, y para asegurar el derecho a la integridad psíquica y física de la mujer, el ordenamiento jurídico le permite a esta abortar en esos casos.[133]

Enrique Bacigalupo.

Este autor parte de la base de que la colisión se da entre intereses del mismo valor, ya que la vida humana tiene esencialmente el mismo valor antes que después del nacimiento, y éste no lo modifica en nada, por lo tanto no podrá ser aplicable el estado de necesidad justificante en casos como los del inciso 2º del artículo 86 de nuestro Código Penal, sino que la renuncia a la punibilidad se fundamentará en los límites de la exigibilidad individual que cabe frente a una mujer que ha sido violada o que debe sacrificar de manera decisiva su derecho al libre desarrollo de la personalidad.[134]

---

[132] Baigún, David; Zaffaroni, Eugenio Raúl dirección; Marco A. Terragni, coordinación "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial". 2º edición actualizada y ampliada. Editorial Hammurabi. Bs.As. febrero de 2010, pág. 845.

[133] Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro "Manual de Derecho Penal. Parte General". 2ª edición, 2ª reimpresión. Editorial EDIAR. Bs. As. 2008, pág. 502; reiterando textualmente el mismo párrafo contenido en su tratado del año 2002 "Derecho Penal. Parte General" Editorial EDIAR. Bs. As. 2002, pág. 641; circunstancia que ya no aparece en su última obra de parte general titulada "Estructura básica del Derecho Penal" 1ª edición. Editorial EDIAR. Bs.As. 2009.

[134] Bacigalupo, Enrique "Derecho Penal. Parte General". Editorial Hammurabi. Bs. As. 1999, pág. 405.

De esta manera sitúa a estos casos en una categoría dogmática que ubica luego de la antijuridicidad pero independiente de la culpabilidad, que denomina responsabilidad por el hecho; y dentro de ésta los trata como causas de exclusión de la desaprobación jurídico-penal por la reducida ilicitud del acto.[135]

Arthur Kaufmann.

Este autor caracteriza a los abortos indicados como "situaciones de necesidad existencial o de conciencia que, por las particularidades de los conflictos que encierran, quedan fuera del ámbito del derecho" en un ámbito libre del derecho, como lo denomina.[136]

Sostiene que "Lo que el derecho no puede valorar es la acción, pues ésta es consecuencia de una situación de conflicto cuya solución escapa a los criterios jurídicos generales. Por eso el aborto indicado es un supuesto de resultado disvalioso, pero sin disvalor de acción. La presencia del disvalor de resultado no es obstáculo para que se excluya el juicio de ilícito de la conducta abortiva, porque no sería justo que el derecho reprobase la decisión del autor cuando él mismo carece de criterios racionales para resolver el conflicto."[137]

Conclusiones.

Debemos aclarar que si bien la selección de autores precedente ha sido necesariamente arbitraria, refleja las posturas sostenidas en la doctrina nacional e internacional en relación a los supuestos como los contemplados en el inciso que venimos tratando, y realizar un examen más exhaustivo de los doctrinarios que se han pronunciado al respecto resultaría no sólo fatigoso sino también poco fútil, ya que se

---

[135] Sobre esta postura ver también: Laurenzo Copello, Patricia "El Aborto No Punible" Bosch-S.P.C.U.M.. España, 1990, pág. 172 y ss.
[136] Gil Domínguez, Andrés "Aborto Voluntario, Vida Humana y Constitución". EDIAR. Bs. As. 2000, pág. 210, citando la obra Kaufmann, Arthur "Filosofía del Derecho", capítulo decimoquinto, Universidad Externado de Colombia, 1999, Colombia.
[137] Ob. Cit. nota anterior, pág. 211.

redundaría siempre sobre los mismos resultados aunque desde diversas concepciones[138], pues siempre nos moveríamos en la exclusión de la antijuridicidad, reprochabilidad o culpabilidad, aunque también debemos decir que hay autores que consideran se excluye la tipicidad en los casos de abortos autorizados o indicados pero desde las teorías de los elementos negativos del tipo que trasladan las causas de justificación al nivel de la tipicidad y que serían irreconciliables con el esquema dogmático que nosotros hemos elegido y que es mayoritario en nuestras latitudes.

Si alguna conclusión puede extraerse del relevamiento de posturas respecto de la ubicación dogmática de los supuestos previstos en el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal Argentino, es que se está ante situaciones que excluyen la antijuridicidad, la culpabilidad o alguna categoría intermedia en el caso de autores que las han pergeñado, pero siempre habiendo superado ya el nivel de la tipicidad, es decir que todos los autores desde los clásicos hasta hoy trabajan estos casos con acciones o conductas que consideran típicas, es decir, que conforman un tipo penal descripto en una ley penal y sobre el cual deberá verificarse si existe alguna exención de punibilidad al nivel de las justificaciones jurídicas o de la culpabilidad.

Debemos decir también que no muchos de los doctrinarios nacionales se detuvieron particularmente en el análisis profundo de los supuestos que intentamos dilucidar sino que sólo se limitaron a dar por supuesto y sabido el statu quo de ellos dentro de la estructura delictual –por ejemplo Molinario, Fontán Balestra, Creus, Dayenof, Breglia Arias-Gauna, y Zaffaroni, entre otros- , relevar las posturas al respecto –Larrandart- y/o a ensayar nuevas ubicaciones de acuerdo a las características de las propias construcciones dogmáticas –como el caso de Donna, Bacigualupo y Kaufmann por ejemplo-.

Empero ello, del trabajo de investigación y búsqueda que hemos emprendido se nos impuso la conclusión de que ninguno de los autores traídos a colación como así tampoco los que ellos citan en sus trabajos se han detenido a detallar los fundamentos de la tipicidad de estas conductas, es decir, explicar porqué, con qué contenidos y de qué manera los supuestos comprendidos en el artículo 86, inciso 2º, de nuestro Código

[138] Ver por ejemplo el relevamiento de las posturas de Walter Sax, Hans-Lüdwing Günther y Patricia Laurenzo Copello, efectuada por Andrés Gil Domínguez en la obra ya citada, págs. 210 a 215.

Penal, reúnen todos los requisitos típicos de alguna figura legal contenida en esa Ley de Fondo, y/o si la tipicidad del delito de aborto, directamente asociado con esos casos, se encuentra sólo influido por ellos o lo complementan y forman parte de la configuración típica específica completándolo en su estructuración. Aquélla constatación y este interrogante, son los que han impulsado al estudio que hemos encarado en el presente trabajo.

A lo dicho debemos agregar que el análisis respecto de la tipicidad de los casos del inciso referido, según lo que hemos podido verificar -disculpándonos de antemano por la posible ignorancia de algún trabajo existente y no hallado- no se ha hecho profundamente ni desde la mirada de las doctrinas clásicas, ya causalistas, ya finalistas, ni de las funcionalistas, extremas o moderadas, y tampoco desde una postura zaffaroniana, es decir, utilizándose la invalorable herramienta de la tipicidad bifurcada en dos funciones determinadas –función objetiva sistemática y función conglobante-.

Es precisamente desde el análisis de la tipicidad penal que propone el profesor de la UBA que intentaremos abordar los casos problemáticos enunciados, mediante la utilización de la tipicidad objetiva bifronte, tal como lo adelantáramos al inicio de este aporte.

Empero ello, para decir que ciertos casos deben ubicarse en un nivel determinado del análisis de la estructura del delito y no en otro como lo han dicho hasta hoy en día todos los doctrinarios, tendremos que decir primero por qué a nuestro humilde criterio no es el correcto el anterior y sí lo que planteamos. Es decir, deberemos abordar primero el análisis sobre por qué los supuestos del inciso 2º del artículo 86 de nuestra Ley de Fondo, llamados abortos no punibles, no configuran causas de justificación, para luego decir sí que configuran elementos del tipo penal de aborto.

Las causas de justificación. Estos casos no responden a sus reglas.

Veremos en este apartado someramente qué es lo que se entiende como causas de justificación en el análisis de la estructura del delito, sin pretender dar un concepto ni nuevo ni definitivo, como tampoco hacer un relevamiento de las posturas existentes al respecto, puesto que no son pretensiones de nuestro trabajo, y a esto último ya lo ha

hecho por todos Manuel de Rivacoba y Rivacoba[139], de quien también tomaremos algunas nociones. En definitiva procuraremos traer a colación las reglas comunes a todas las causas de justificación, sus caracteres generales, sin dejar de reconocer por ello las particularidades de cada una de ellas, siguiendo en esto a Zaffaroni, para entender cómo funcionan en el trabajo que se les ha encomendado dogmáticamente, esto es, excluir la antijuridicidad de actos penalmente típicos, para finalmente concluir que los casos descriptos en el artículo 86 inciso 2º del Código Penal Argentino no responden a sus reglas, por lo tanto debe ubicárselos en otro nivel de la estructura delictual.

No está demás mencionar nuevamente, que entendemos que la teoría del delito es un sistema de filtros o compuertas inteligentes que sirve para contener las pulsiones del poder punitivo, estas se relacionan dialécticamente con las contrapulsiones del derecho penal, y tal situación se reitera en todos los niveles analíticos. Sabemos que en el nivel de la tipicidad se comprobará la contradicción de una acción con la norma deducida del tipo, ahora ¿Qué se comprueba en el nivel de la antijuridicidad?

Bueno, sabido es que las leyes no sólo contienen normas prohibitivas, sino que también permisivas, pues a veces la acción antinormativa aparece como un derecho en cabeza del que la lleva a cabo, a quien no puede negársele su realización ya que al ser parte de su ejercicio de libertad social esto disuelve el conflicto. Así, cabe decir, que de la legislación se deducen normas prohibitivas pero también permisivas, de allí que la interpretación no contradictoria de las primeras configurará el orden normativo mientras que la no contradicción del orden normativo con los preceptos permisivos es el orden jurídico.[140]

El conjunto de esos preceptos permisivos se denominan genéricamente causas de justificación o de licitud, y conforman un nuevo nivel dialéctico en la teoría del injusto, mediante el cual se refuerza la exclusión de las manifestaciones más

---

[139] Rivacoba y Rivacoba, Manuel "Las causas de justificación" Editorial Hammurabi. Bs.As. septiembre de 1995.

[140] Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro "Manual de Derecho Penal. Parte General". 2ª edición, 2ª reimpresión. Editorial EDIAR. Bs. As. 2008, pág. 459. En lo sucesivo citaremos las páginas de este manual pero corresponden a los conceptos y observaciones que ya hicieran los mismos autores en su tratado del año 2002 "Derecho Penal. Parte General" Editorial EDIAR. Bs. As. 2002, págs. 589/606, y que reeditara hace recientemente Zaffaroni en su última publicación titulada "Estructura básica del Derecho Penal" 1ª edición. Editorial EDIAR. Bs.As. 2009, págs. 188/192.

irracionales del poder punitivo, pues comprueba la licitud de conductas cuya tipicidad penal ya ha sido superada.

No debe considerárselos ni excepciones a determinadas reglas ni particularidades de algo más general, pues las normas permisivas al confirmar el ámbito de libertad humana constitucionalmente reconocido confirman en sí mismas una regla, y son tan generales como las normas prohibitivas, pues dejan dentro o echan fuera de lo antijurídico conductas que las violan; y su mayor particularización obedece a que "trabajan en los límites del ámbito de restricción de la libertad social, donde pese a la existencia de una conflictividad lesiva, ésta no resulta contraria al derecho, o sea que, en definitiva, la causa de justificación expresa una *antinormatividad circunstanciada que el legislador político reconoce como ejercicio de un derecho*.[141]

De confirmarse la inexistencia de alguna causa que justifique la acción en cuestión, y que ésta se encuentre comprendida en un tipo penal, se estará ante un injusto penal, puesto que el injusto es la conducta humana desvalorada y la antijuridicidad es la característica que resulta del juicio negativo de valor que recae sobre ella, es decir, que ésta es una característica que aquel objeto desvalorado presenta como resultado de la desvaloración.

Ahora bien, dijimos que los preceptos permisivos garantizan el ámbito de libertad humana constitucionalmente reconocido, y esto significa que los derechos cuyo ejercicio se reconocen son los mismos que garantiza el principio de reserva del artículo 19 de la Carta Magna. Dialécticamente, esto se materializa en dos estadios diferentes, la negación –causa de justificación- de la negación –prohibición penal- arroja como síntesis la afirmación –reconocimiento del derecho que se ejerció-, no se trata de agregar y quitar o de sumar y restar, sino de sintetizar.

Debe tenerse en cuenta además que la acción típica es sólo un indicio de antinormatividad y que las causas de justificación tienen la capacidad de neutralizarlo, por ello provienen no solo de la ley penal sino de cualquier parte del ordenamiento jurídico, ya que la antijuridicidad de una conducta humana deberá chocar contra el ordenamiento jurídico funcionando como tal para que se afirme su ilicitud.

---

[141] Ob. Cit. en nota anterior, pág. 460.

En nuestro país todos los derechos reconocidos constitucional y convencionalmente forman parte de la libertad social de las personas, que funciona como regla en un estado constitucional de derecho, y la limitación a ella, es decir, la intervención del legislador, es la excepción.

De todo lo dicho, y del carácter fragmentario y sancionador del sistema punitivo, deriva que ninguna de las causas de justificación, cuya fórmula general en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra en el artículo 34, inciso 4º, del Código Penal, crea derechos sino que se limitan a reconocer el ámbito de lo permitido o lícito en determinadas circunstancias, es decir, a precisar los derechos reconocidos por la Constitución y por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en situaciones donde es difícil reconocerlos.[142]

Hay consenso en la doctrina respecto a que considerar a la antijuridicidad como juicio definitivo de la prohibición de una conducta, supone ver al orden jurídico como un todo unitario, para cuya totalidad la conducta es lícita o ilícita. De modo que la jurisdicción no podría afirmar y negar la misma cosa al mismo tiempo. Empero ello, nada impide que una conducta lícita en un ámbito del derecho genere responsabilidades en otro ámbito del mismo ordenamiento jurídico, debido a diferentes fundamentos de responsabilidad, diferencia basal que excluye el escándalo jurídico que significaría considerar lícito un acto en una rama del derecho e ilícito en otro ámbito normativo; y que de no merituarse, llevaría a la errada conclusión de que el ejercicio regular de un derecho, afirmado en sede penal, no podría generar ninguna responsabilidad en otro fuero.

Hay un aspecto más a destacar y es la situación de la necesidad en la órbita de las acciones justificadas por el derecho. En relación a ello, diremos con Rivacoba y Rivacoba, Fontán Balestra y Zaffaroni que no pertenece a las causas de justificación, ya que la necesidad no es más que una situación de hecho que podrá ser en todo caso fundamento de alguna justificante pero nunca crear derecho[143], es decir que, siempre la

---

[142] Ob. Cit. en nota 113, pág. 463.
[143] Rivacoba y Rivacoba, Manuel "Las causas de justificación" Editorial Hammurabi. Bs.As. septiembre de 1995, pág. 47.

justificación debe provenir de una norma jurídica y no creada por la necesidad que revele el hecho.

Ahora bien ¿cómo operan para este autor las causas de justificación? En su última y reciente obra Zaffaroni dice textualmente que "operan en una tensión dialéctica con las prohibiciones típicas y reafirman la regla de libertad del art. 19 CN. Por eso las causas de justificación como tipificaciones de conductas permitidas (de ejercicio de derechos) se comportan en el campo penal como verdaderos *contratipos*"[144], son entonces "la calificante de la conducta típica que cierra el desvalor jurídico mediante la verificación de que no se ratifica la libertad en razón de ninguno de estos *contratipos*. Su separación de la tipicidad se impone por razones (a) *lógicas* (no puede preguntarse por un permiso si antes no medió una prohibición), pero ante todo por razones (b) *materiales* (no puede concluirse que una conducta prohibida es contraria al derecho sin antes verificar que no se halla reafirmada la regla general de la libertad, por tratarse del ejercicio de un derecho)"[145].

He aquí el quid de la cuestión de las causas de justificación en la postura que seguimos. Estas resultan particulares en un doble sentido, por un lado porque se tratan de ejercicios de derechos, pero éstos no son ordinarios, sino que consisten en la realización de conductas normativamente prohibidas, y por otro, que es imprescindible para no cercenar la base constitucional de la libertad y no destruir el orden jurídico, que se verifique en cada caso si esa libertad civil no se encuentra reafirmada por un contratipo.[146]

Por otra parte, y ya avanzando en el contenido de las causas de justificación suele sostenerse que es necesario que el agente que opera justificadamente tenga conocimiento de las circunstancias en que actúa y que configuran un permiso, no obstante ello no existe razón ni lógica ni jurídica para afirmar que "cuando se construye el concepto de antijuridicidad como juicio que verifica que un precepto permisivo *confirma la vigencia de un ámbito de licitud o libertad*"[147] debe exigirse además un elemento subjetivo, puesto que nadie está obligado a, ni tiene porqué, conocer en qué

---

[144] "Estructura básica del Derecho Penal" 1ª edición. Editorial EDIAR. Bs.As. 2009, pág. 189.
[145] Ob. Cit. en nota anterior, pág. 190.
[146] Ob. y pág. cit. en nota anterior.
[147] Ob. Cit. en nota 113, pág. 469.

circunstancias actúa cuando está ejerciendo un derecho, puesto que objetivamente lo está haciendo sin importar cuál es su intención, y por otro lado, aún cuando crea estar cometiendo un delito, éste se configurará sólo en su imaginación, y la impunidad del delito putativo o imaginario está fuera de toda duda.

Ergo, las causas de justificación se perfeccionan objetivamente, más allá de la intención del agente, como dice Nino –relevado por Zaffaroni- "el estado de necesidad, la legítima defensa, y cualquier otro ejercicio de derecho, justifican la respectiva acción con independencia de motivos, intenciones y creencias del agente … el derecho penal no va dirigido a prevenir actitudes subjetivas indignas que puedan implicar una autodegradación moral del agente, sino situaciones socialmente indeseables…"[148].

Empero ello, es necesario hacer la siguiente salvedad. Si bien la inexistencia de una situación de justificación no puede suplirse por la imaginación del agente o de terceros, la solución no es la misma cuando la situación existe pero la imaginación opera sólo sobre la intensidad que presenta, pues aquí la regla es susceptible de matices que la dogmática aún no ha precisado con unanimidad de criterio.

Por su parte Rusconi dice que "La percepción de Nino es correcta. Se trata de que la completa definición del ilícito, tanto en la fase de fundamentación como de la organización de la propia exclusión, debe tomar en cuenta una base de desventaja a costo desde el punto de vista de algunos parámetros como la protección de un bien jurídico o el valor de las normas jurídico-penales. En última instancia el ilícito siempre debe consistir en una acción que, ex-post, hubiera sido mejor evitar. Todo ilícito debe haber dejado el mundo un poco peor que el estado que reflejaba antes de la acción u omisión. … No hay modo de transformar en conductas disvaliosas aquellas que no han sido perjudiciales en el mundo real o, más aún, que han sido, desde un juicio objetivo y posterior, ¡preferibles! En este sentido, es muy razonable proponer sistemáticamente que las normas permisivas, para funcionar sistemáticamente en ese sentido, sólo

[148] Ob. Cit. en nota 113, pág. 470.

requieren su manifestación objetiva sin la exigencia del clásico tipo subjetivo de la justificación."[149]

Por su lado Donna dice lo siguiente refiriéndose a los casos no punibles de aborto –art. 86 incisos 1° y 2°, del Código Penal: "Estas causas de exclusión del injusto, llamadas normalmente 'causas de justificación', no son otra cosa que 'metanormas' que vienen a regular la colisión entre bienes jurídicos que se encuentran en conflicto entre sí, como ser la muerte del agresor en el caso de la legítima defensa, la destrucción de la cosa, en el estado de necesidad, defensivo o agresivo. Esto implica que no existe un conflicto formal, ya que la colisión sólo surge en relación con los bienes o intereses jurídicos afectados. En consecuencia, (...) y éste es el tema en el caso que nos ocupa, las causas de justificación rigen sólo en cuanto conflicto material, pero no dirigen ningún modo de instrucción de acción a los afectados por el conflicto; esto es, no es ni un mandato, ni una prohibición. En este sentido, las normas de permisión no son normas de conducta, porque son sólo normas de colisión. Por eso se ha podido afirmar que las causas de justificación son normas autónomas y de permisión que actúan independientemente de las normas de conducta y que hacen retroceder a éstas derogando las prescripciones impuestas (Triffterer). Esto implica que la norma de conducta se halla limitada, en el sentido de que el deber de proteger la vida decae cuando el ordenamiento permite una lesión… Hay que tener en cuenta que en el derecho argentino el feto no es titular de derechos de igual forma que el ser nacido. El Código Civil en este aspecto es bastante claro, ya que expresa que 'desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas' (art. 70, C. Civ.) y, por ende, 'son personas por nacer las que no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno' (art. 63, C. Civ.). Dice Llambías, explicando la norma, que 'Vélez adapta el derecho a la realidad biológica. Pues desde que ha comenzado a existir el nuevo ser, por la

[149] Rusconi, Maximiliano "Derecho Penal. Parte General". 1ª edición. Editorial Ad-Hoc, Bs.As. 2007, pág. 272.

fecundación del óvulo materno, es innegable que se está en presencia de un individuo de especie humana que existe antes del nacimiento, ya que este hecho sólo cambia el medio en el que se desarrolla la vida del nuevo ser'. Sin embargo, la misma ley condiciona al hecho del nacimiento el reconocimiento de la persona. El art. 74. C. Civ., dispone que 'si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido'. Esto implica, según Llambías, que la personalidad de la persona por nacer no es perfecta, sino imperfecta, en cuanto está subordinada a la condición resolutoria del nacimiento sin vida… De acuerdo con ello, no hay duda de que el tratamiento jurídico también debe ser diferente. Y esto es lo que hace el Código Penal. No es posible deducir de los preceptos constitucionales ya citados que se exija igual protección de la persona por nacer que la ya nacida. Cambia, pues, en estos casos, la fuerza de la protección. Será mayor desde el nacimiento hasta la muerte, y menor desde la concepción hasta el nacimiento..." y finaliza su argumentación diciendo "hay un equívoco que debe decirse. Que los tratados sobre derechos humanos protejan determinados bienes jurídicos no lleva a que el juez deba dejar de lado las leyes existentes, que no se opongan a ellos. Los tratados protegen al feto y en eso nuestras leyes no se oponen a esa protección en cuanto dan más valor al sujeto nacido que al feto."[150]

Teniendo en cuenta lo referido hasta aquí sobre las causas de justificación, debemos decir a modo de corolario que para el doctrinario a cuya posición adscribimos en este trabajo, la naturaleza última de toda causa de justificación es el ejercicio de un derecho[151], y que en el caso del aborto sentimental o ético y en el del eugenésico, la justificación está dada por el ejercicio del derecho de la mujer fundado en la lesión o agravación de su salud psíquica, la cual es susceptible de producción también si el

[150] Donna, Edgardo A. "La necesidad como base del aborto justificado. Comentarios a un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires", RDF 2006-I-153), pág. 159/161.
[151] Ob. Cit. en nota 113, pág. 502.

embarazo proviene de una violación o ante la advertencia de gravísimas malformaciones en el feto que ha engendrado.[152]

En relación a esto coincidimos con la primera apreciación –que la causa última de las justificaciones es el ejercicio de un derecho- pero humildemente diremos que la conclusión que a continuación ensaya nos parece de algún modo incorrecta, puesto que en primer lugar se reduce el análisis de todos los casos de aborto contemplados en los incisos 1º y 2º del artículo 86 CP a la lógica del primer inciso, cuando tanto desde el punto de vista fáctico como dogmático penal ambos son sustancialmente diferentes, y en segundo lugar, porque no puede soslayarse la situación de que el análisis de si existe o no una causa de justificación que excluya la antijuridicidad de una acción humana sólo puede predicarse respecto de una conducta que haya superado el nivel de análisis de la tipicidad, y es precisamente en este ámbito de las características del quehacer en que se ubicarían los supuestos del artículo 86, inciso 2º, de la Ley Sustantiva, de acuerdo a la serie de elementos que conforman las dos funciones de la tipicidad objetiva penal, que el mismo autor de manera original ha diseñado para cumplir cabalmente con el programa acotante del derecho penal en pugna dialéctica con el sistema punitivo, análisis que a nuestro criterio no ha efectuado acabadamente en relación al inciso que nos ocupa.

¿Por qué afirmamos esto último y no nos conforma la conclusión de que los abortos causados con fines eugenésicos y/o sentimentales son causas de justificación? Veamos.

Pues, primero y principal porque el ordenamiento jurídico argentino, actualmente conformado con los tratados internacionales sobre derechos humanos incorporados a nuestra Constitución Nacional en el año 1994, no puede permitir excluir la tipicidad penal, y por ende tornar lícito un acto, centrándose en un fin eugenésico, es decir discriminatorio hacia personas por nacer que portan taras hereditarias. La dignidad jurídica de la vida, la igualdad ante la ley, el reconocimiento de la diversidad como característica de la posmodernidad, y el reconocimiento y protección de la vida de los seres humanos desde el momento de su concepción, sin distinción de cualidades o

[152] Ob. Cit. en nota 113, pág. 502/503.

accidentes, no lo permiten. Ergo, el embarazo de una mujer podrá ser interrumpido en determinadas circunstancias pero no por el hecho de pregonar por la perfección de la raza o para evitar el nacimiento de seres congénitamente "idiotas o dementes", puesto que en estos casos chocaría con el artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna.

Debemos hacer la salvedad de que están excluidos del análisis que venimos haciendo los casos en que la persona por nacer carezca de viabilidad extrauterina por cualquier causa que fuera, entre las cuales pueden encontrarse algunas malformaciones severas, casos que nosotros consideramos totalmente diferentes a los comprendidos en el inciso en estudio, pero que aclaramos aquí para evitar confusiones con lo dicho en el párrafo precedente.

Como se ha visto hasta aquí, es necesario resaltar que hay una nota jurídica común a todas las causas de justificación y es el ejercicio de un derecho, ahora bien, ese ejercicio de un derecho debe estar fundado en la colisión de un derecho propio del autor con uno de la persona que recibirá finalmente el daño; no se entienda por esto el caso de la necesidad, pues ésta es también una nota común a todas las causas de justificación pero en lo fáctico y tiene además otros caracteres; nos referimos con aquello a la cuestión jurídica. Para que una acción se encuentre justificada, primero debió haber reunido los requisitos de un tipo penal determinado, esto es que se trate de un pragma conflictivo-lesivo, es decir, una acción típica, y luego aparecer permitida por alguna norma proveniente de la misma ley penal o de otra parte del ordenamiento jurídico, esto es que funcione un contratipo que reafirme el espacio de libertad tornando lícito el acto, aún con apariencia de ilícito. Todo esto es claro por ejemplo en el estado de necesidad justificante –entre dos bienes que inminentemente van a ser dañados la ley permite el sacrificio del menor-, en la legítima defensa –cuando hay agresión ilegítima por parte de un tercero, necesidad racional del medio empleado y falta de provocación suficiente por parte del autor, la acción dañosa es licita- o aún en el caso del aborto terapéutico –ante el peligro para la vida o salud de la madre por el embarazo la ley permite abortar-.

Se ve en todos esos supuestos la imperiosa necesidad en lo fáctico de decidir un daño u otro, y esa fuente de la realidad se plasma en la norma jurídica que permite algunos daños en esas circunstancias determinadas y no en otras, privilegiando algunos bienes jurídicos sobre otros, y como la vida está entre ellos, puede decirse que en

algunos casos extremos el ordenamiento jurídico permite el sacrificio de la vida en pos de la evitación de un daño que puede ser contra otra vida pero también contra otros bienes jurídicos in abstracto menos importantes.

Recordemos que sólo hay dos bienes jurídicos de los cuales dependen todos los demás –la vida y el estado-, y el derecho en ciertos casos permite que el primero de ellos sea sacrificado, ergo, su reconocimiento no es en términos absolutos, sino necesariamente relativo, aunque la protección que se intente dispensarle sea integral, y esto surge de diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional en nuestro país, que disponen que la vida no puede ser privada arbitrariamente[153], ergo, si no se lo hace de manera arbitraria sí se puede privar de ella a una persona lícitamente.

Citamos en nuestro apoyo lo resuelto por el Superior Tribunal de Chubut el 08/03/2010 en autos "F., A. L. s/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA", (Expte. Nº 21.912-F-2010): "…ningún derecho reconocido por la Constitución, entre ellos la vida, posee carácter absoluto y que la relatividad, es la nota que los caracteriza. (conf.: Germán Bidart Campos, "Manual de Derecho Constitucional Argentino", pág. 189 y "Manual de la Constitución Reformada", pág. 493). En igual sentido: María A. Gelli, "Constitución de la Nación Argentina", LL, pág. 77.- De lo que se deriva que el grado de protección de cada derecho constitucionalmente reconocido dependerá entonces, de la decisión legislativa que lo reglamente, que debe ser razonable. Los conflictos que irremediablemente, se suscitan entre los distintos derechos constitucionales, son resueltos por el legislador. Es a él a quien corresponde determinar la conveniencia o no, de castigar penalmente la realización de un aborto", y no abundaremos más en esta idea pues merecería un tratamiento tan exhaustivo que excedería el marco de este aporte.

Pero en las cuestiones exclusivamente fácticas del inciso 2º del 86 CP, esa colisión de derechos con preeminencia de unos sobre otros no existe, como tampoco la necesidad y la urgencia, o inminencia de un daño, que, aunque no crean derecho, son propias de los hechos que dan fundamento a las causas de justificación. Con ello tenemos que no se le podrían aplicar las reglas propias de éstas en el mérito, porque los

[153] Arts. 4.1, in fine, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 6.1, in fine, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

requisitos jurídico-penales primero y los contenidos fácticos segundo, no responden a esa lógica de colisión de intereses con la necesidad urgente de privilegiar uno, que subyace a todas las autorizaciones[154], y que si bien aunque sin necesidad ni urgencia en la resolución, no se nos escapa que en la base sí hay un conflicto entre personas, una por nacer y otra que ha sido violada, pero la dilucidación de este tema, a nuestro criterio, no corresponde a una cuestión de antijuridicidad, puesto que estas suponen un ejercicio de derecho sobre un bien jurídico de quien creó la necesidad o de un tercero, pero para este último caso no puede afectarse el bien jurídico fundamental, puesto que si no se excedería el marco del permiso, piénsese en un caso de legítima defensa por ejemplo, en que el agredido se defendiese de un agresor matando a un tercero.

Y en los supuestos del inciso referido, la cuestión fáctica remite a un análisis de ese tipo, es decir que, mal puede hablarse del ejercicio de un derecho cuando el delito lo cometió una persona –el que abusó sexualmente de la mujer-, la justificada para abortar sería la víctima de aquél hecho –la propia mujer- mientras que el daño del permiso lo recibiría un tercero –la persona por nacer-. Ninguno de todos los supuestos considerados histórica y actualmente como causas de justificación o que excluyan la culpabilidad responden a una lógica de este tipo, como tampoco los teóricos en sus explicaciones generales del tema parecen darle este sentido, queremos decir que, los autores no avalan en sus postulados que en el marco de una causa de justificación sea un tercero el dañado en su bien jurídico fundamental de manera absoluta, es decir, que se termine con su vida, aunque sí podría ser lesionado en otros bienes jurídicos, como puede ser la propiedad, por ejemplo, sin que por ello se deslegitime la justificante.

En esa inteligencia podría decirse además que una conducta que afecta la vida de un ser humano gestado cuando no hay urgencia o necesidad en lo fáctico, que pueda redundar en una autorización en lo jurídico, no puede considerarse como un caso de reafirmación de la libertad social constitucionalmente reconocida, es decir, no hay una antinormatividad circunstanciada que el legislador político pueda reconocer como

[154] El funcionamiento de las causas de justificación en la dogmática penal, de acuerdo a un criterio objetivista, tal como lo venimos desarrollando en este trabajo, puede verse in extenso en la obra de Maximiliano A. Rusconi "El funcionamiento de las causas de justificación". Editorial Ad-Hoc. Bs. As. 2008.

ejercicio de un derecho, por otro lado, porque no puede haber ejercicio de un derecho en los términos que sindican las circunstancias fácticas del 86.2 CP, por lo antes dicho.

Entonces ¿corresponde incluirlos en este nivel del análisis delictual o no? Y ¿en caso de que la respuesta sea negativa, en qué estadio del análisis correspondería ubicarlos? Esto será materia de lo que sigue en este aporte, pero adelantamos que la respuesta a la primera pregunta será necesariamente negativa, y la respuesta de la segunda será lo que trataremos de dilucidar de aquí en más.

CAPÍTULO 5.

UBICACIÓN DOGMÁTICA DE LOS SUPUESTOS DENTRO DEL ÁMBITO DE LA TIPICIDAD

Ubicación correcta dentro de la estructura dogmático-penal.

Necesidad de ley penal:

Como paso previo a cualquier análisis de tipicidad, y para no ser incongruentes con la estructura que intentamos seguir, debemos ver si en realidad hay necesidad de una ley penal para regular los casos que nos ocupan, y aquí sí necesariamente deberemos referirnos al tipo penal de aborto para luego pasar a considerar las conductas que externamente aparecen como configurándolo pero que no son punibles por decisión legal.

Tomaremos a Ferrajoli para dilucidar esta cuestión. Recuérdese la estructura que el padre del garantismo describía en diez axiomas, de los cuales los seis primeros son garantías sustantivas penales y los restantes cuatro garantías procesales[155]:

A1 Nulla poena sine crimine

A2 Nullum crime sine lege

A3 Nulla lex (poenalis) sine necesitate

A4 Nulla necessitas sine injuria

A5 Nulla injuria sine actione

A6 Nulla actio sine culpa

A7 Nulla culpa sine iudicio

A8 Nullum iudicium sine acusatione

A9 Nulla acusatio sine probatione

A10 Nulla probatio sine defensione

Recuérdese también que Ferrajoli distingue las garantías primarias o derechos fundamentales como límites al poder público, y las garantías secundarias, como los recursos necesarios para hacer efectivas a aquellas; como así también que la función específica que cumplen las garantías en el derecho penal no es permitir o legitimar, sino condicionar o vincular, o sea deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva[156] y que el fin último del cumplimiento de todas las garantías enunciadas es la dignidad humana.

Los axiomas A3 y A4 son los que nos interesan particularmente a los fines de este trabajo, el primero de ellos es un principio en sentido estricto dirigido al legislador,

---

[155] Ferrajoli Luigi "Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal" 3ª edición. Editorial Trota. Madrid 1998, págs. 91/116.

[156] Ver el trabajo de la profesora de Méjico María del Pilar Espinosa Torres publicado en http://letrasjuridicas.com/Volumenes/7/espinosa7.pdf

y que a nuestro criterio se encuentra más que fundado en el caso del tipo penal de aborto por haber una vida en juego, que será interrumpida, la integridad de otra persona, que será afectada, y una multiplicidad de acciones posibles con intervención de actores en cumplimiento de diferentes roles –la mujer embarazada, los médicos, parteras, enfermeros, etc-, que de realizar conductas lesivas, deberán recibir acogida en la ley penal, para que se vislumbre cuál o cuáles son susceptibles de pena y cuáles no.

Y por otro lado, ese axioma se encuentra vinculado necesariamente con el A4, el cual se dirige a los jueces, y se encuentra positivizado en el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional que exige lesividad, es decir, la necesaria afectación de un bien jurídico para habilitar la potestad punitiva del estado, esto es sostenido además por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que lo ha dicho reiteradas veces, y la última fue en el fallo "Arriola"[157] que ya citáramos en reiteradas oportunidades.

Cabe repetir, que sancionar la afectación de un bien jurídico no supone que el sistema penal protege bienes jurídicos, ese salto lógico no es posible desde una lógica acotante del poder punitivo, y responde en todo caso a tesis punitivistas que propenden legitimar la potestad más violenta con que cuenta el estado para que se amplíe su campo de acción a la mayor cantidad de conductas humanas posibles. Los bienes jurídicos reciben protección de otras ramas del derecho, la penal sólo se limita a sancionar algunas afectaciones a algunos de ellos.

Bien, tenemos que la necesidad de una ley penal que desaliente conductas abortivas dañosas e ilícitas se encuentra fundada y completa por los múltiples estados de cosas fácticos que supone, y tenemos que las acciones que se prevean como susceptibles de pena deben necesariamente ser siempre lesivas de un bien jurídico, entendido como relación de disponibilidad entre una o más personas y uno o más elementos valiosos para el ordenamiento jurídico.

Superado ello, procederemos al análisis de la ley penal en cuestión para ver los requisitos que exige y aplicando el mapa dado por Zaffaroni con su teoría de tipicidad bifronte, arribar a una conclusión sobre si los casos del 86, inc 2º, CP, pueden o no ser

[157] CSJN. Fallo del 25/08/2009: A. 891. XLIV. RECURSO DE HECHO: Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080.

ubicados dentro del nivel de análisis de la tipicidad, y en su caso si dentro de la función de tipicidad objetiva sistemática o de la tipicidad conglobante.

Nivel de la tipicidad.

Del análisis genealógico del inciso que nos ocupa, con todos los vericuetos que sufrió tanto antes de ingresar al código, durante su tratamiento en el Congreso, como después de sancionado, y de las características propias del tipo penal de aborto, término que como hemos visto no se encuentra definido en la ley sustantiva, se nos impone la conclusión de que los casos comprendidos en el 86, inciso 2º del C.P., no pueden funcionar como un contratipo del delito de aborto, porque los requisitos que impone la redacción actual y la fuente histórica del inciso son anteriores a toda posible consumación del aborto, esto es, que sistemáticamente los contenidos de los artículos 85 y 86, inciso 2º, no se excluyen entre sí en un proceso dialéctico que se sintetice en su antijuridicidad, sino que aparecen conformando un mismo tipo penal que aparece estructurado en dos artículos diferentes.

Creemos que esa excepcionalidad tuvo lugar por varias cuestiones: la deficiente sistematización de los artículos que regulan el aborto y sus diferentes aristas, la incorporación tardía y vehemente del inciso en cuestión, la inclusión de terminología extraña al sistema legal argentino de por entonces, la estructura de la tipicidad que las posturas dogmático-penales imperantes en esos tiempos concebían, la carencia de tratados internacionales que confirieran precisiones en relación al derecho de las personas por nacer y de las mujeres, y por último la mala técnica legislativa utilizada.

Respecto de la tipicidad traeremos a colación lo sostenido por Maximiliano Rusconi, pues nos servirá como marco fundamental: “La dogmática penal de un Estado Constitucional de Derecho, entonces, debe garantizar la aplicación (y, si es necesario, la *directa* aplicación) de las normas constitucionales, asegurando, de ese modo el imperio de la ley fundamental. No se debe perder de vista nunca que, por ejemplo, un modelo casi silogístico técnico como la teoría de delito no es otra cosa que la organización sistemática de las consecuencias concretas de la vigencia de un conjunto de garantías y principios fundamentales. Todo el edificio sistemático de la teoría del hecho punible

sólo cobra sentido, en cada una de las categorías que componen el sistema, como manifestación de los principios constitucionales que limitan el poder penal del Estado".[158]

En ese marco interpretativo, actualmente, con la invalorable herramienta de la tipicidad bifronte, diseñada por el profesor Zaffaroni, creemos que podemos abordar la cuestión de los casos comprendidos en el inciso 2º del artículo 86 del Código Penal, de una manera mucho más adecuada dogmáticamente hablando, y ubicarlos más acertadamente y con más elementos de fundamentación en uno de los estadios de la estructura del delito penal.

Ese estadio, a nuestro criterio, es el de la tipicidad.

Debemos decir que los tipos son las fórmulas que usa la ley para señalar pragmas conflictivos cuyas acciones amenaza con pena, pero hay que tener en cuenta que "*Aunque resulte curioso, el tipo es una fórmula textual de selección de acciones, pero el poder punitivo la usa para seleccionar a personas en razón de sus características, al menos en la mayoría de los casos y en razón de la estructura del sistema penal ... El fenómeno de selección textual de acciones para una selección real punitiva de personas vulnerables es de posible reducción pero de imposible supresión ... el principio regulativo del estado de derecho se realiza en proporción inversa al ámbito de las tipicidades".*[159]

De ello deduce el autor que seguimos, es necesario proveer un sistema interpretativo limitador del ámbito de acciones típicas y concluye "cuanto más idónea sea una doctrina penal para reducir interpretativamente los tipos penales, menor será el poder punitivo de selección personal que se habilite en una sociedad"[160], es decir, que en el nivel de la tipicidad también se halla presente la pugna entre el estado de derecho y el estado de policía, por lo que el papel que le corresponde al derecho penal es el de limitar racionalmente el avance del segundo sobre el primero.

---

[158] Rusconi, Maximiliano "Derecho Penal. Parte General". 1ª edición. Editorial Ad-Hoc, Bs.As. 2007, pág. 125.
[159]Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro "Manual de Derecho Penal. Parte General". 2ª edición, 2ª reimpresión. Editorial EDIAR. Bs. As. 2008, pág. 432/433.
[160] Ob. cit. nota anterior, pág. 433

Estas cuestiones de la selección de las personas más vulnerables y el avance del poder punitivo para su selección cada vez más temprana y en mayor cantidad, adquieren una relevancia suprema en los casos relacionados con el aborto en nuestras latitudes, basta con ver las pocas estadísticas confiables en la materia para ver la cantidad de mujeres, la mayoría adolescentes, que son o víctimas del poder punitivo o víctimas de conductas ilícitas que otros incentivan o facilitan y que terminan pagando con sus vidas, hay una enorme cifra negra en estos casos y por ende su abordaje estadístico es dificultoso, pero se sabe a ciencia cierta que la vulnerabilidad por la baja posibilidad de acceder a recursos seguros termina con la vida de miles de adolescentes y jóvenes pobres año tras año.

Volviendo a la consideración del tipo penal, debemos recordar que la palabra tipo es la traducción de la alemana *tatbestand*, que significaba tanto el supuesto de hecho fáctico (acontecimiento en el mundo) como el supuesto de hecho legal (modelo general y abstracto que la ley crea para su señalización), aunque en castellano se la ha traducido como *tipo* haciendo alusión sólo al segundo de los aspectos indicados, es decir, como *praeceptun legis* o modelo abstracto creado por la ley para sindicar la conducta punible[161].

El tipo penal es entonces "*la fórmula legal necesaria al poder punitivo para habilitar su ejercicio formal, y al derecho penal para reducir las hipótesis de pragmas conflictivos y para valorar limitativamente la prohibición penal de las acciones sometidas a decisión jurídica*"[162], por ende su interpretación no debe reducirse a una conceptuación de tipo estática que suponga la sola subsunción de hechos del mundo, tal como surgía del pensamiento revolucionario del siglo XVIII, tarea que cualquiera podía realizar pues la naturaleza de los tipos se consideraba meramente descriptiva, el juicio de tipicidad era solo fáctico y las características típcias de la acción avaloradas. Como lo señala el autor que seguimos, esta concepción del liberalismo ingenuo "pasa por alto que la selección abstracta de hipótesis de pragmas conflictivos requiere una interpretación técnica de los tipos, sin la cual el ámbito de lo prohibido se extendería de modo absurdo e inusitado; y también, que esta tarea no puede ser sino *jurídica* y, por

[161]Ob. cit. pág. 435.
[162] Ob. cit. pág. 434.

ende, *valorativa*. La interpretación de los tipos penales está inextricablemente ligada al juicio por el cual se determina si una acción real y concreta es típica, o sea, si constituye materia prohibida, lo que también es un juicio valorativo (jurídico) acerca de una acción y de su obra (un pragma).[163]

En esa dinámica valorativa, agregamos nosotros, no se encuentra dicho ni escrito en ningún lugar de manera expresa y taxativa, como tampoco oculta o por derivación, que los elementos de un tipo penal determinado deban extraerse necesaria y exclusivamente de un solo artículo del código. Es más, el consenso general de la doctrina en la utilización del concepto de "elementos normativos del tipo penal" parece indicar precisamente lo contrario, por ende, la consideración en la que más adelante ahondaremos de que el tipo penal de aborto se encuentra conformado por los requisitos típicos generales del artículo 85 y los particulares del 86.2, no aparecería como una idea disparatada, sino acorde a la sistemática aceptada por todas o casi todas las dogmáticas que se han ensayado.

Y consideramos esos casos en el ámbito de la tipicidad y no dentro de la antijuridicidad, porque esta supone necesariamente que una acción o conducta sea típica, y es justamente este requisito el que, según nuestro criterio, no se halla completo en los casos legislados en el art. 86, inciso 2º, del C.P. como ya lo adelantáramos, por ende, y como sistemáticamente en la teoría del delito los adjetivos que van caracterizando al sustantivo acción –tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad- se excluyen entre sí, en grado de precedente a subsiguiente, no podremos siquiera comenzar con el análisis del siguiente si antes no se completaron los requisitos de su antecesor, es decir, dogmáticamente no se puede decir que una conducta es antijurídica aunque no es típica, o es culpable aunque siendo típica no es antijurídica, por ejemplo.

Consideramos a los casos de aborto como espacios problemáticos de discusión que encuentran acogida en un tipo penal, y que en determinadas circunstancias fácticas se dan todos los caracteres requeridos por la ley penal para su configuración, pero en otras no, y dentro de estas últimas puede haber casos de atipicidad tanto cuando se dan los casos del artículo 86.2 como cuando simplemente no se haya presente alguno de los caracteres típicos que contiene el artículo 85.

---

[163] Ob. cit. pág. 436.

Por último, respecto del tipo penal diremos con la doctrina dominante en la actualidad, que su estructura es compleja, es decir, que cuenta con un aspecto objetivo en que se analizan todos los elementos del acto previstos en la ley penal con excepción de los que hacen a la intención y voluntad del autor, que conforman el otro aspecto, denominado subjetivo. Cada uno cuenta con elementos propios, por lo que para predicar de una conducta su tipicidad o atipicidad debe analizarse antes si se encuentran en ella completos los requisitos de uno y otro aspecto.

Antes de avanzar en la evaluación, nos vemos obligados a hacer una importante salvedad. No pretendemos dilucidar en el presente aporte la cuestión de la disponibilidad de la vida, tanto propia como de las personas por nacer en manos de la madre o sus representantes legales, tampoco si hay o no un interés superior del niño que proteger, ni si la legalización del aborto supone privilegiar algún bien jurídico o derecho sobre otro u otros que no pueden expresar su opinión, tampoco establecer si el nasciturus es parte de la madre o no, si es un derecho de la madre disponer sobre él o no, como tampoco ingresar en análisis de carácter éticos o morales ni religiosos y/o filosóficos.

Nuestro aporte será mucho más modesto y acotado que eso, trataremos de demostrar que los casos comprendidos en el 86, inc. 2º, CP -y exclusivamente ellos- en conjunción con el art. 85, completan los caracteres de tipicidad propios del tipo de aborto tal y como está legislado en nuestro país, y exclusivamente en nuestro país, por las particularidades que ya hemos relevado, lo que redundará en la conclusión de que esos casos no deberán ser punidos utilizando la ley penal. Ello no puede abrir la puerta para consideraciones tales como: que por ello el bien jurídico vida en relación a las personas por nacer no se encuentra protegido en nuestro ordeamiento legal, que se intenta crear un bien jurídico especial, que se desconoce su afectación en estos casos concretos, que se intenta en el fondo fundamentar derechos de la madre sobre su hijo, que se propende a la legalización del aborto irracional y expansivamente, etcétera, etcétera. Entender este trabajo de cualquiera de esas maneras, supondría saltos lógicos y conceptuales de fondo.

Dentro de la estructura típica: tipicidad objetiva sistemática.

Al hablar de la tipicidad en el acápite precedente, hicimos referencia a que su estructura es compleja y que se divide en un aspecto objetivo y en uno subjetivo. Empero ello, el autor que seguimos ha diseñado una construcción en la que el primero de esos aspectos –objetivo- se divide asimismo en dos funciones: una denominada sistemática y la otra conglobante.

Como podrá verse de lo dicho respecto del tipo de aborto y del artículo 86.2 CP, no hemos hecho referencia a sus elementos subjetivos y es porque consideramos dos cosas; primero que la atipicidad en los casos en estudio se da precisamente en el aspecto objetivo del tipo ya que la referencia de la violación como causa del embarazo de cualquier mujer, y la idiocia o demencia en la mujer embarazada a raíz de un atentado al pudor, son cuestiones objetivas, aunque la segunda parezca subjetiva, debe tenerse en cuenta que la mujer no es la punible en este artículo sino los médicos diplomados, por ende los aspectos subjetivos de la tipicidad girarán en torno a ellos y no a la mujer en este segundo supuesto. En segundo lugar, tal como los adjetivos en la teoría del delito se excluyen de precedente a subsiguiente, dentro de la tipicidad, lo objetivo, que debe indagarse primeramente por una cuestión lógica y estructural, precede a la consideración de lo subjetivo y en caso de que no reúna los requisitos necesarios no habilita el paso a su escalón. Es decir, si la cuestión a analizar no completa los requisitos típico-objetivos, excluirá el análisis de lo subjetivo, no por ser ello una mera cuestión de forma sino por una cuestión analítica, de nada serviría saber si el autor actuó con consciencia y voluntad si lo que hizo no está previsto en ninguna ley penal. Es decir que, dogmáticamente, no se puede decir que una conducta es típica subjetivamente aunque no lo es objetivamente, sino que superado el estrato objetivo de la tipicidad, es decir, si hay un pragma conflictivo, recién ahí estaremos habilitados y será útil pasar a la consideración del aspecto subjetivo del caso.

Como se habrá visto, al hablar del aspecto objetivo del tipo penal, se ha hecho referencia a que es necesario contar con un pragma conflictivo para considerarlo completo. Ahora bien, qué es un pragma y qué quiere decir que además debe ser conflictivo para que habilite la vía a la consideración de las características subjetivas de la acción.

Bien, el pragma es la conducta más los datos fenomenológicos que requiere el tipo penal y es en razón de estas cuestiones que Zaffaroni divide al aspecto objetivo de la tipicidad en dos funciones, pues la sistemática cumple el fin de comprobar la existencia de un pragma, entendido como espacio problemático de discusión, que arroja como resultado un sustantivo, mientras que la función conglobante cumple la meta de demostrar la conflictividad de ese pragma, es decir, que arroja como resultado un adjetivo.

La función sistemática "es la de proveer todos los componentes objetivos que emergen del análisis aislado del tipo, algunos de los cuales deben ser abarcados por el conocimiento del agente para que éste configure su voluntad dolosa, pero que no son suficientes para ello, dado que el campo de análisis está, por definición, limitado a lo que permite deducir el tipo en particular. Se trata de una función de fijación primaria o elemental del objeto de la prohibición, que proporciona el espacio problemático de discusión de la tipicidad objetiva."[164] Y en su última obra la expande un tanto más, agregándole la imputación objetiva al agente como obra propia, pues considera que "no puede haber pragma si la mutación del mundo no puede imputarse a un sujeto activo como obra de su autoría"[165].

Tal función está conformada entonces por "la exteriorización de la conducta, el resultado (o mutación del mundo), el nexo causal entre la conducta y el resultado, la posibilidad de imputación del resultado como obra propia y otros elementos eventuales del tipo (otros datos fenoménicos de la conducta, requeridos en algunos tipos)"[166], todos estos elementos aparecen en todos los tipos penales con excepción de los enunciados en último término, que no sólo aparecen sólo en algunas figuras sino que varían tano en cantidad como calidad entre los tipos en que aparecen.

En la función conglobante se intenta afirmar la conflictividad del pragma, y sus "elementos surgen de la consideración del mismo tipo objetivo pero conglobado en la totalidad del orden normativo (sin consideración de los preceptos permisivos –con los que se completa el orden jurídico- pero que recién se toman en cuenta en la

---

[164] Ob. cit nota 136, pág. 455.
[165] Zaffaroni, Eugenio Raúl "Estructura básica del Derecho Penal" 1ª edición. Editorial EDIAR. Bs.As. 2009, pág. 82.
[166] Ob. cit. nota anterior, pág. 83/84.

antijuridicidad). La conflictividad del pragma dependerá, por ende, de la ofensividad (lesión o puesta en peligro del bien jurídico)"[167].

Por ende la conformación de esta función está determinada por la lesividad del pragma, y dicha característica tendrá lugar cuando no concurran los siguientes elementos: que la lesión o daño fuera insignificante, que el autor hubiera actuado en cumplimiento de un deber jurídico, o con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, que su acción se encuentre fomentada por el derecho, o que no suponga el aumento de un riesgo no permitido.

Sería ocioso y excedería el marco del presente trabajo explicar exhaustivamente la estructura interna de cada uno de los elementos que componen ambas funciones[168], pero si predicamos la atipicidad de los casos del art. 86, inciso 2º, del C.P. deberemos decir en qué lugar de alguna de las dos funciones descriptas se sitúan tales supuestos y porqué. Así, deberemos comenzar por el análisis del tipo de aborto en los elementos que van conformando la tipicidad objetiva sistemática y si superamos ese nivel luego corresponderá proseguir con los de la tipicidad objetiva conglobante.

Dijimos al tratar de delimitar el concepto de aborto que componen su estructura típica los siguientes elementos: acción humana final exteriorizada en el mundo, dirigida a dañar la vida de una persona por nacer, la existencia del embarazo de una mujer, la existencia de la persona por nacer con vida, el empleo de medios idóneos para producir el daño, actuar sin el consentimiento de la mujer -85.1- o con él -85.2- y la muerte subsiguiente del producto de la concepción; mientras que subjetivamente se exige el dolo específico de causar la muerte de la persona por nacer. El artículo 86 agregará en el ámbito de la tipicidad cualidades particulares en el autor de la acción –que sea médico, cirujano, partera o farmacéutico- y que actúen en abuso de su ciencia o arte para agregar a la de prisión la pena de inhabilitación por doble tiempo del de la condena, pero en el caso de los supuestos de no punición, se refiere a que el autor sea médico diplomado,

---

[167] Ob. cit. nota anterior, pág. 82/83.

[168] Para ello nos remitimos a la fuente de esta construcción, diseñada por el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni en su obra "Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial EDIAR. Bs.As. 1981, modificada y mejorada en sus obras junto a Alejandro Alagia y Alejandro Slokar "Derecho Penal. Parte General" Editorial EDIAR. Bs. As. 2002, "Manual de Derecho Penal. Parte General". 2ª edición, 2ª reimpresión. Editorial EDIAR. Bs. As. 2008, y "Estructura básica del derecho penal" Editorial EDIAR, Bs. As. 2009, con DVD explicativo que el autor ha anexado al texto escrito.

por ende deberá actuar conforme la lex artis respectiva, y que cuente con el consentimiento de la mujer encinta. Además para el inciso 2° agrega la circunstanciación en el embarazo, esto es, que provenga de una violación o de un atentado al pudor.

Es dable decir además, con la mayoría de la doctrina, que la ley penal en análisis es operativa, es decir, que no es necesaria la autorización ni judicial ni de ningún otro tipo para proceder al aborto. Y ello es así por razones de lógica jurídica básica, pues todo lo que no está prohibido está permitido y todo lo que está permitido por ley simplemente puede hacerse y no es necesario para proceder de esa manera solicitar autorización a ninguna autoridad estatal o no estatal. Esto debe verse siempre muy claramente, máxime teniendo en cuenta por un lado el temor de los médicos en llevar adelante procedimientos abortivos y, por otro lado, los perjuicios del paso del tiempo en estos casos.

Hacemos la salvedad de que no se nos escapan los enconos surgidos respecto del aborto en la doctrina y jurisprudencia, pero no ingresaremos en las discusiones que se han sucedido ni tomaremos postura al respecto, sino que trataremos de traer a colación de la manera más amplia posible las cuestiones, aún haciendo concesiones que no haríamos en trabajos más especializados, remitiéndonos para su mejor conocimiento al relevamiento exhaustivamente realizado por la profesora Lucila Larrandart en una reciente obra dirigida por Baigún y Zaffaroni[169], y aclaramos que ello se debe a que nuestro centro de análisis circulará por un carril distinto a esas discusiones.

Entonces tenemos que la tipicidad objetiva sistemática está compuesta por una acción humana final con los requisitos necesarios para que pueda tener relevancia penal, y para ellos remitimos a la obra de Zaffaroni, como ya lo hemos hecho[170] pues no consideramos oportuno ingresar en sus pormenores en este trabajo.

Lo segundo que tendremos que decir es que esa acción debe recaer directa o indirectamente sobre la persona por nacer y afectar su vida de manera completa[171].

---

[169] Baigún, David; Zaffaroni, Eugenio Raúl dirección; Marco A. Terragni, coordinación "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial". 2º edición actualizada y ampliada. Editorial Hammurabi. Bs.As. febrero de 2010, págs. 759 a 952.

[170] Zaffaroni, Eugenio Raúl "Estructura básica del derecho penal" Editorial EDIAR, Bs. As. 2009, págs 61 a 71, y DVD explicativo que el autor ha anexado al texto escrito.

[171] "Se considera aborto la interrupción de la vida humana intrauterina, con la consecuente muerte del feto". Cám. 2da. Apel. Crim. y Corr. San Nicolás, 9/11/93, in re "Savio, Mario", LLBA, 1994-502; "La

Ergo, otro elemento necesario, y es una verdad de Perogrullo decirlo, es que la persona por nacer se encuentre con vida[172], sin importar su viabilidad post-parto a efectos de la conclusión a que se dirige el presente trabajo, aunque sí puede ser relevante en otras discusiones.

Que la mujer se encuentre embarazada –o "encinta" como dice el código- es un requisito necesario del tipo en cuestión[173], pues mal podría interrumpirse un embarazo cuando éste nunca existió. Debemos decir también que en la terminología de nuestra ley, la acción típica sólo puede cometerse sobre una persona por nacer que se encuentre en el seno materno de una mujer; si bien aún el avance de la ciencia no ha permitido engendrar seres humanos a varones o a otros seres vivos que no sean una mujer, lo que puede que suceda no muy lejos en el tiempo, sí actualmente ha permitido fecundar y anidar óvulos fecundados en objetos inanimados -de laboratorio por ejemplo-.

Ahora bien, ese embarazo en algunos casos debe ser circunstanciado, como veremos más adelante.

Al momento de exigir que la persona por nacer se encuentre con vida, aunque es pasible de discusiones, como ya dijimos antes, concederemos que puede tomarse la más amplia protección del bien jurídico vida, y decir que ese sujeto se encuentra protegido desde el momento de la concepción, entendiendo por ello la fecundación[174], por lo que su afectación a partir de ese momento puede habilitar la consideración de su relevancia penal si es que se dan los demás elementos del tipo.

La acción abortiva que contiene el artículo 85 CP puede llevarse a cabo de cualquier manera y por cualquier medio, con la sola excepción de que sea de una forma

---

muerte del feto, como consecuencia directa de las maniobras abortivas, se erige como un elemento fáctico de esencial determinación por parte de la sentencia condenatoria por el delito de aborto" STJ Entre Ríos, 4-3-95, c. 121, El Dial-AT1432.

[172] "La acción típica requiere la existencia de un feto vivo, pues el bien jurídico protegido es la vida de la persona por nacer". CNCCorr., sala I, 20-4-93, in re "Parente Sinisi, Camila", c. 42.289, BCNCyC N° 02/1993, publicado en ED 154-525 y LL 1993-D-521.

[173] "En el delito de aborto, el bien jurídico tutelado por la ley lo constituye la vida del feto, por lo tanto, para hablar de la existencia de aborto deben concurrir como presupuestos materiales del mismo, un estado de embarazo en la mujer, debiendo encontrarse el fruto de esa concepción con vida y, por último, que la muerte de este feto se deba a la conducta desplegada por el autor" Cám. Apel. Crim. Concordia, 8/10/79, "A., I. S. y otra", Z, 19-245

[174] "…la vida comienza con la fecundación y todo método que impida el anidamiento del óvulo fecundado en el útero materno debe considerarse como abortivo… El comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento existe un ser humano en estado embrionario…" CSJN, fallos 325:292, del 5/3/02, "Portal de Belén Asociación Civil sin fines de lucro c. M.S. y A.S.".

idónea para producir el resultado[175], puesto que el tipo de aborto es un tipo de resultado. Diremos siguiendo a Zaffaroni que en todos los delitos hay una mutación en el mundo, ergo un resultado, pues no podría configurar un conflicto algo que no tiene expresión sensible[176], pero también diremos de la mano del profesor de la UBA que la ley penal no siempre pone en énfasis en él para la selección de las conductas. Empero, en el caso del aborto sí lo ha hecho, seleccionando al que "causa un aborto", hay allí un verbo típico –causar- que indica que la producción de determinada mutación real o sensible en el mundo haya tenido lugar.

Diremos además que una vez establecida la acción dañosa y el resultado lesivo producido, con la herramienta de la teoría de la *conditio sine qua non* deberá establecerse la relación causal entre aquélla y ésta[177]. Esto es, que no basta sólo la contemporaneidad sino que una cosa –muerte de la persona por nacer- sea consecuencia directa o indirecta de otra –acción dirigida a ese fin-[178], y a su vez, que aquélla sea causa de esta, es decir, que suprimiéndola mentalmente desaparecerá el resultado. Recordemos que la herramienta de la *sine qua non* sirve sólo para averiguar la relación causal física –ciega e ininterrumpida- entre hechos o actos y una mutación en el mundo, pero no para imputar la acción a una persona determinada[179].

Otro elemento típico en este nivel es el consentimiento de la mujer, recordemos que tomando la postura más amplia de protección posible, diremos de manera general que ella no tiene en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad legal de prestar su consentimiento para que se interrumpa su embarazo, puesto que la vida en juego no es

---

[175] "No obstante hallarse demostrada la preñez de la procesada, no puede ser responsabilizada por el delito de aborto, por no haberse demostrado fehacientemente que se hayan cumplido maniobras abortivas sobre el cuerpo de aquélla, pues si bien los médicos forenses refieren la existencia de maniobras abortivas con lesiones del cuello uterino, el médico de parte expresa que no se puede determinar con certeza qué motivo o factor etiológico desencadenó el aborto, ya sea por medios materiales o provocados" CNCrim. Y Corr., Sala II, 24/5/87, "F. de T." DJ, 1998-2-1065.

[176] Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro "Derecho Penal. Parte General" Editorial EDIAR. Bs. As. 2002, pág. 457.

[177] "El tipo de aborto requiere la demostración de la relación causal entre las maniobras abortivas y la expulsión y muerte del feto" Capel. De Concordia, Sala Penal, 4-3-96, "T., Z. F. y otros" JA Rep. 1996-504, sum. 71.

[178] "**No importa un aborto** o eutanasia la inducción al parto de un feto que posee una patología que provocará su incapacidad para subsistir luego del **nacimiento pues no aparece una acción humana enderezada a provocar la muerte del niño durante la gestación** sino, atendiendo al avance del embarazo, existirá un alumbramiento con plenas posibilidades de desarrollarse y vivir lo que no ocurrirá, eventualmente, sólo por la gravísima condición del niño por nacer" –el destacado es nuestro- CSJN, c. 421, XXXVI, t. 324, p. 5, 11-1-2001, "T.S. c/GCBA"

[179] Ob. cit. nota 145, pág. 88. Ob. cit. nota 146, pág. 460

la suya sino la de un tercero –persona por nacer-, pero a este principio general la ley penal sustantiva le ha anexado algunas excepciones que son las previstas en el artículo 86, incisos 1º y 2º. Ahora bien, en las conductas previstas por el artículo 85, si no se dan las excepciones del 86, la pena aumentará o no de acuerdo a la concurrencia o no del consentimiento de la mujer pero de todas formas se habrá configurado el tipo penal.

Respecto del sujeto activo del delito, hay consenso en que puede ser cualquiera en términos generales, pero la ley ha particularizando además, a los fines de la pena, en la propia mujer embarazada –art. 88- y en algunos profesionales determinados –médicos, cirujanos, parteras y farmacéuticos- (art. 86). Respecto de estos últimos, tal exigencia compone un elemento normativo, pues deberá acudirse a otro orden dentro del mundo jurídico para encontrar el concepto de cada una de esos términos, en este caso, habrá que acudir a la ley nº 17.132.

En cuanto al sujeto pasivo del daño, debe serlo una persona por nacer con vida pero debe estar alojado dentro del seno materno. Esto último fue lo previsto por el legislador originario y surge, asimismo, del resto de las previsiones que hacen referencias a una mujer embarazada, estado éste que no existiría si la concepción se realiza fuera del seno materno, por ejemplo in vitro, en probeta, o por otro método extracorpóreo, al menos mientras dure ese proceso. Véase "si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer" –arts. 85.1 in fine y 85.2 in fine-, "con el consentimiento de la mujer encinta" –art. 86, 2º párrafo-, "evitar un peligro para la vida o la salud de la madre" –art. 86.1-, "Si el embarazo proviene…" –art. 86.2-, "si el estado de embarazo de la paciente…" –art. 87- y finalmente "mujer que causare su propio aborto" –art. 88-, tales previsiones refieren clara e inequívocamente a una mujer embarazada.

Sólo resta agregar sobre este elemento, que el daño producido sobre la persona por nacer debe ser total, puesto que no se encuentran previstas en este capítulo las lesiones a ese sujeto de derechos, es decir, la acción dañosa debe eliminar su vida por completo[180], sin importar si además, medió o hubo finalmente expulsión del seno materno o no.

---

[180]"El tipo de aborto requiere la demostración de la relación causal entre las maniobras abortivas y la expulsión y muerte del feto" Capel. De Concordia, Sala Penal, 4-3-96, "T., Z. F. y otros" JA Rep. 1996-504, sum. 71; "La muerte del feto, como consecuencia directa de las maniobras abortivas, se erige como un elemento fáctico de esencial determinación por parte de la sentencia condenatoria por el delito de aborto" STJ Entre Ríos, 4-3-95, c. 121, El Dial-AT1432;

Hasta aquí se encuentran enunciados todos los requisitos típicos que deben reunir todos los casos de aborto punibles, empero ello, la ley ha agregado algunos elementos más tanto para su punición en particular como para su no punición.

Nos referimos con ello a que para el caso de la primera parte del artículo 86, no basta con la reunión de todos los elementos referidos sino que el autor de la acción debe ser uno de los enunciados en la norma –médico, cirujano, partera o farmacéutico- tornando en estos casos al tipo general en delito especial propio, y además este agente en particular debe actuar con abuso de su ciencia o arte, es decir, al margen o en contra de lo que manda la lex artis propia de su disciplina. Para la dilucidación de estas cuestiones habrá que recurrir a la ley de ejercicio de la medicina n° 17.132 y a las normas administrativas y sanitarias respectivas.

Pero en los casos específicos de no punibilidad, contenidos en el segundo párrafo del artículo 86 del C.P., la exigencia respecto del autor es más acotada, puesto que hace referencia sólo a que debe ser un médico diplomado, que por ende debe actuar dentro de lo que la lex artis médica le indica, puesto que si no lo hace caerá en la previsión del primer párrafo del artículo y será punible su conducta.

Tenemos así que este párrafo agrega dos requisitos a la conducta para su no punición, que provenga de un médico diplomado y que actúe dentro de lo que la lex artis médica le indica, pero hay un tercer requisito que introduce, y es que el autor debe proceder siempre con el consentimiento de la mujer embarazada, con la salvedad de que cuando ella no pueda manifestarlo por incapacidad psíquica lo hará su representante legal[181].

Y ya en el caso específico del inciso 2° de los dos que contiene esta segunda parte del artículo 86 CP, se agrega un requisito más, cual es la circunstanciación del embarazo para habilitar la punición o no hacerlo.

Recordemos que en el análisis típico objetivo de cualquier conducta hay elementos necesarios y eventuales. La exteriorización de la voluntad y el nexo de

---

[181] "La ley exige el consentimiento de las mujeres encintas, y si ésta carece de voluntad jurídicamente relevante, el del representante legal…El hecho de que sólo uno de los progenitores de la menor embarazada, abusada sexualmente y débil mental, haya manifestado su interés en llevar a cabo la interrupción del embarazo, no obsta a que se tenga por configurado el "consentimiento" exigido por el art. 86, inc. 2° del Cód. Penal, pues la progenitora que interviniera en el proceso resulta ser quien ejerce en los hechos la patria potestad de la niña" SCBA, 31/7/06, "R., L. M.", LLBA, 2006-895 y 2006-1168.

causación entre la acción y el resultado son los necesarios, y el resto son denominados eventuales. Los eventuales son de muy diversa naturaleza, y entre ellos se encuentran los normativos, que a su vez pueden dividirse de acuerdo a si el tipo recurre a valoraciones jurídicas o éticas[182]. Por ejemplo, cuando el artículo 86 habla de los profesionales de la salud, está remitiendo normativamente a otra ley –elemento normativo jurídico-.

En definitiva, en las estructuras típicas hay elementos normativos bien precisos pero también descriptivos problemáticos y se presentan también "algunos que son empleados para reducir la prohibición que surgiría de los elementos puramente descriptivos del tipo"[183], que podríamos denominar elementos eventuales propios de algunos tipos. Sobre estos últimos centraremos nuestra atención pues creemos que por su utilidad y el modo en que aparecen en el juego de los artículos 85 y 86 del Código Penal, servirán de base para la conclusión a la que arribaremos, ya que, como es su sistemática, sólo aparecen en algunos tipos penales y no en otros, característica que es propia en general de los elementos típicos eventuales.

Para explayarnos al respecto tendremos que tener en cuenta que al momento de enunciar los elementos típico-objetivos del tipo penal de aborto, dijimos que el embarazo debía ser circunstanciado en algunos casos ¿Qué quisimos decir con eso?

Pues bien, por las razones ya expuestas en relación a la inclusión al Código Penal del artículo 86, inciso 2º, y su redacción final, como así también la consideración en torno al tipo de aborto sólo estipulado originariamente en el artículo 85, debemos concluir que el tipo penal de aborto se encuentra establecido de modo general en el artículo 85 y de modo particular para ciertos casos en el mismo artículo en conjunción con el 86.2 CP. Este modo de construcción de tipos penales no es extraña a nuestro código, véase sino lo que sucede con los robos calificados, en que el artículo 164 da el concepto general y el 167 particulariza en circunstancias específicas que producen dos cosas, por un lado nuevos tipos penales –robo con efracción por ejemplo, 167.3- y por el otro la agravación de las penas. Esto sucede también con las estafas –artículos 172 y 173- por dar otro ejemplo al azar. Pero es doctrina y jurisprudencia dominante que para que se produzca el tipo calificado debieron haberse completado todos los requisitos de

[182] Ob. cit. nota 146, pág. 461.
[183] Ob. cit. nota 146, pág. 462.

la figura general, con más las agregadas por las particulares, y esto es así porque en casos como los ejemplificado los tipos penales aparecen conformados por la conjunción de dos o más artículos que indican cuales son los elementos necesarios para su configuración.

Debemos está decir que si ese modo de construcción de tipos, desde el punto de vista del principio de legalidad, es válido para calificar conductas y prever por ello una pena más severa, al menos nadie hasta hoy lo ha criticado, con mejor razón debe ser permitido para atenuar conductas y hasta para prever su no punición. Esa lógica que aparecería como intrasistemáticamente correcta en nuestro código, es la que utilizaremos en nuestro aporte.

Dijimos más arriba que el aborto se encuentra previsto de modo general en el artículo 85 CP, queriendo significar con ello que prevé todos los casos de aborto en que el sujeto activo puede ser cualquier persona, y actúe de cualquier manera y con o sin el consentimiento de la mujer embarazada, sin reparar en otras cuestiones.

Y dijimos también que se establece de modo particular en el artículo 86, primera parte, haciendo referencia con ello a que en los casos de este último, se particulariza respecto del sujeto activo y del abuso de su ciencia o arte con que debe actuar, mientras que en la segunda parte acota aún más la previsión respecto del autor del procedimiento abortivo e indica que en este caso debe actuar conforme la lex artis respectiva y con el consentimiento de la mujer embarazada.

Por último, y de manera más específica todavía, como ya dijimos, en el caso del inciso 2° sólo será típica la conducta cuando el embarazo no provenga de una violación sobre cualquier mujer o de un atentado al pudor sobre mujer idiota o demente, esto es, que el legislador penal habilitó poder punitivo siempre y cuando además de todos los requisitos anteriores, el embarazo de base no fue como consecuencia de un abuso sexual con acceso carnal, que para el caso de que la mujer no sea idiota o demente el código, en este inciso, llama “violación” y para el caso de que lo sea denomina “atentado al pudor”, distinción que sólo adquirirá relevancia al momento de la expresión del consentimiento de la mujer en cuestión para darle o no intervención a su representante legal, puesto que si lo era o no al momento del abuso sexual con acceso carnal caerá en la previsión del primer supuesto o del segundo del inciso, pero por ello no variará en nada la consecuencia legal atribuida por el legislador.

Afirmamos en relación a esta circunstancia que cuando el código indica "violación" y "atentado al pudor", está refiriéndose a todos los casos comprendidos en el artículo 119 que supongan acceso carnal, es decir, los párrafos tercero –aunque en las circunstancias del primer párrafo- y cuarto[184], ya que por obra de la reforma llevada a cabo mediante Ley 25087 de fecha 14/05/99, ellos reemplazaron a los supuestos comprendidos en los tres incisos del originario artículo 119 que describían la violación, y en ellos estaba comprendida la situación de la víctima privada de razón –inciso 2°-[185], lo que debido a la inclusión de terminología extraña a nuestra legislación en el artículo 86, se designó con el nombre "atentado al pudor" como ya tuvimos oportunidad de ver.

Recordemos que la ley 25.087 modificó todo el Título 3 del Código Penal relacionado a los delitos contra la integridad sexual.

En lo atinente a los casos de abuso sexual sin acceso carnal –art. 119, primer y segundo párrafos, del C.P.-, por lo dicho en el párrafo anterior deberemos decir que no están comprendidos en la enunciación del inciso en estudio.

---

[184] Art. 119 actualmente vigente:

"Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si: a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima; b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda; c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio; d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas; e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones; f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f)."

[185] Artículo 119 del C.P. originario:

"Será reprimido con reclusión o prisión de seis a quince años, el que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo en los casos siguientes:

1° Cuando la víctima fuere menor de doce años;

2° Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa, no pudiera resistir;

3° Cuando se usare de fuerza o intimidación."

En relación al estupro diremos que sí se encuentra comprendido en la enunciación "violación" del artículo 86.2 CP, puesto que el actual artículo 120 del mismo texto legal se refiere a la realización de las "acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119" sólo que la pena es menor en atención a la edad de la víctima, entre 13 y 16 años de edad, y las demás circunstancias enunciadas en dicha norma[186], y según nuestro criterio, como ya dijimos, la palabra "violación" refiere a todos los supuestos punibles que supongan acceso carnal por cualquier vía, es decir, a los abusos sexuales con acceso carnal de los párrafos tercero y cuarto del artículo 119 y el estupro del 120, ambos del Código Penal.

De todo lo dicho en los párrafos precedentes, debemos decir que, en la conformación del tipo penal de aborto del modo particular señalado, cuando se dan dichas circunstancias, una interpretación sistemática de los artículos 85 y 86.2 arroja como resultado que las conductas previstas en éste último sean atípicas al nivel de la tipicidad objetiva, en su función sistemática, por contar ese tipo penal aislado, entre sus requisitos, con particularizaciones respecto de su autor –médico diplomado- y de cómo debe actuar –conforme a la lex artis respectiva y con el consentimiento de la mujer embarazada-, y una circunstanciación del embarazo –que no provenga de violación o atentado al pudor- todos determinados expresamente.

Es decir que la atipicidad dispuesta por el artículo 86 del Código Penal, para su conformación, debe contar con todos los requisitos típicos del artículo 85 con más los del 86, segundo párrafo e inciso 2°, y si alguno de los dispuestos por este último se encuentra ausente, la figura punible estará completa.

Al decir el artículo que en estos casos la conducta no es punible está queriendo decir que no es típica, pero que sí lo será si alguno de esos requisitos no se encuentran presentes, por ello no puede considerárselos como causales de justificación, puesto que hasta que no se verifiquen esos elementos no se sabe si hay una conducta típica o no a la

---

[186] Artículo 120 vigente:

"Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado

La pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediare alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), e) o f) del cuarto párrafo del artículo 119."

que contraponerle una autorización en el nivel de análisis siguiente, que funcione como contratipo. En los casos en análisis, hasta tanto no se verifique la existencia o no de un médico diplomado, que actúe conforme a su ciencia, el consentimiento de la mujer y el embarazo proveniente de violación o atentado al pudor, no sabremos si estamos dentro de este artículo en particular o del 85 en general.

Estos requisitos funcionan en la estructura del tipo en análisis –aborto- como elementos eventuales normativos, los dos primeros - médico diplomado, que actúe conforme a su ciencia-, pues se encuentran sólo en este tipo y para su delimitación habrá que recurrir a otras leyes, mientras que el tercero y el cuarto de los referidos - consentimiento de la mujer y embarazo proveniente de violación o atentado al pudor-, juegan como elementos eventuales propios, ya que sólo aparecen en este tipo en particular para reducir racionalmente la prohibición que surgiría de la sola consideración de los restantes elementos, puramente descriptivos.

Con todo esto queremos decir, en suma, que el artículo 85 aporta al tipo penal de aborto sus caracteres generales, es decir, todos los requisitos que deben darse en todos los casos de aborto, pero sumado a este artículo el 86.2, agrega cuatro requisitos objetivos más para limitar la punición irracional de conductas. Uno de ellos hace al sujeto activo –que sea médico diplomado-, dos a su modo de actuar –dentro de la lex artis médica y con el consentimiento de la mujer embarazada-, y el cuarto hace a la circunstanciación del embarazo –que no provenga de violación o atentado al pudor-.

Por ende, al aplicar esta construcción, ya utilizada por el legislador para calificar conductas, como lo hemos puesto de relieve más arriba, al tipo penal abstracto creado por la ley sustantiva cuyos requisitos de existencia quedan así conformados entre dos artículos, se cumple cabalmente con varios principios constitucionales básicos, el de nullum crime sine lege, el de máxima taxatividad legal y el de interpretación más restringida posible en el ámbito penal, ya que por un lado se especifica de la manera más acabada posible cuál es la conducta que se conmina con pena, y cuáles no, y por otro lado se restringe al máximo tanto la previsión normativa penal como la posibilidad de cualquier tipo de interpretación extensiva y/o analógica, pues con la aplicación de los artículos 85 y 86.2 de la manera en que se ha propuesto, se logran delimitar precisa y específicamente una serie de supuestos que aparecen, a primera vista, como oscuros.

Estos supuestos quedarán fuera del ámbito de la prohibición penal, es decir, sin habilitación punitiva por parte del legislador, ergo, sin necesidad de que se solicite autorización para su proceder, puesto que todo lo que no está prohibido está permitido, y todo lo permitido simplemente se puede hacer, sin necesidad de autorización estatal o no estatal alguna, consecuencia derivada además del carácter discontinuo y fragmentario de la ley penal.

Recordemos que la tipicidad objetiva sistemática sirve para afirmar la existencia de un pragma conflictivo considerando a la norma penal de manera aislada, y según pudimos ver, si bien hay afectación de un bien jurídico en los casos del artículo 86.2 CP, no hay un pragma con relevancia penal porque la ley sustantiva ha decidido que la punición de tales casos debe sujetarse a una serie de requisitos y reunir una serie de elementos que ha previsto expresamente, entre los cuales se encuentra que el embarazo interrumpido debe provenir de cualquier circunstancia con excepción de la violación o el atentado al pudor sobre mujer idiota o demente.

Ergo, la ley de fondo, si bien reconoce que existe la apariencia de un pragma, es decir, de un espacio problemático en el que se ha dañado un bien jurídico, ha decidido que por la manera lícita y reglamentada en que se lleva a cabo el procedimiento abortivo y las circunstancias particulares, excepcionales y delictivas que rodean la generación del embarazo, éste se pueda interrumpir sin que ese conflicto entre bienes jurídicos adquiera relevancia penal alguna, excluyendo ya en la estructura sistemática del tipo penal en cuestión algunas conductas determinadas con el requerimiento de también determinados elementos objetivos.

Por todo lo dicho, y lo concluido precedentemente, no será necesario entonces proseguir con el análisis tanto dentro de la tipicidad objetiva sistemática en relación a la imputación de la obra como propia al agente –dominio del hecho-, como tampoco avanzar hacia el análisis conglobado de las normas en cuestión con otras -tipicidad conglobante-, y mucho menos proseguir con los estadios dogmáticos posteriores –antijuridicidad y culpabilidad-, puesto que, aisladamente considerada la tipicidad penal del aborto del artículo 85, respecto de los casos del artículo 86, inciso 2°, del C.P., se concluye en la atipicidad de las conductas allí contenidas, como consecuencia necesaria desde una dogmática acotante del poder punitivo.

Sólo nos resta decir, que las consideraciones particulares que hemos hecho en este último acápite sólo han sido permitidas como consecuencia de las formuladas en los que les antecedieron, quiero decir con ello, que la particularidad en el análisis propuesto ha sido el resultado de las especialísimas características de la legislación en materia de aborto en nuestro Código Penal a la luz de una postura acotante del poder punitivo, esto no es más ni menos que tratar de hacer en una mínima parte el papel que al derecho penal le corresponde en un estado constitucional de derecho, esto es, en la pugna entre el estado de policía y el de derecho, optar por este último y limitar en la medida en que se pueda el avance de aquél, que se muestra históricamente de manera persistente e incesante, no olvidándonos nunca de las particularidades que presenta la realidad del aborto en nuestras latitudes, de los seres humanos envueltos en esta clase de conflictos y los perjuicios internos y externos que estos hechos les provocan, la selectividad estructural del sistema penal, el incumplimiento de fin alguno de la pena de prisión en nuestras cárceles, la re-victimización llevada a cabo por los actores de los sistemas procesales vigentes, en su mayoría inquisitivos reformados, la carencia de reglamentación en el ámbito del derecho sanitario, el temor de los médicos a la espada de Damócles de un proceso penal en su contra, etcétera, etcétera.-

CAPÍTULO 6.
BENEFICIOS DE NUESTRA POSTURA

Beneficios de considerar atípicos estos casos.

La originalidad de nuestro trabajo y la importancia que humildemente le queremos dar, circula en torno a la realización de un estudio acabado de la problemática escogida para intentar zanjar cuestiones de vieja data bajo un criterio nuevo y racionalmente constitucional, lo que, a nuestro criterio, devenga una importante serie de beneficios en la dogmática penal, en materia de responsabilidad jurídica, en lo procesal y en la realidad sanitaria.

En el ámbito de la dogmática penal.

En lo dogmático penal, el principal beneficio es que considerar causales de atipicidad a los supuestos ya descriptos permitirá excluir del delito la conducta al nivel de la tipicidad, es decir, en el primer nivel de análisis una vez verificada la existencia de acción humana final, y no tener que continuar el estudio hasta la antijuridicidad o culpabilidad, tal como lo harían las posturas clásicas, lo que a nuestro humilde criterio aparece no sólo como incorrecto de acuerdo al estudio que hemos realizado sino que nos parece innecesario y poco fútil.

Como lo accesorio sigue lo principal, en materia de error también se verán beneficios, puesto que al considerar elementos típicos a los descriptos como contenidos el inciso 2° del artículo 86 del C.P., el error sobre ellos configurarán errores de tipo y excluirán el dolo, por ende la tipicidad en caso de que existan, con excepción de que para el caso de que sean vencibles, permitir la punición culposa si es que se dan sus requisitos[187], pero en nuestro código no está prevista salvo que se utilice violencia y el embarazo fuere notorio –art. 87-, pero en los casos del artículo 86.2 necesariamente no habrá violencia para interrumpir el embarazo, puesto que supondría pensar dos disparates, primero que la lex artis médica manda o permite que se utilice la violencia como procedimiento abortivo, y segundo, que esa violencia cuenta con el consentimiento de la mujer que ya sufrió un acto violento –abuso sexual con acceso carnal-.

Por ende, tales errores no configurarán casos de errores al nivel de la antijuridicidad conforme llevarían necesariamente a concluir las doctrinas clásicas, es decir que recaigan sobre la naturaleza antinormativa o antijurídica de la conducta –errores de prohibición-, e incluso sobre las causas de justificación –errores de permisión- y que excluyen en definitiva la culpabilidad de la acción pero mantienen su

[187] Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro "Manual de Derecho Penal. Parte General". 2ª edición, 2ª reimpresión. Editorial EDIAR. Bs. As. 2008, pág. 413.

tipicidad, puesto que por la ubicación analítica de los elementos sobre los que recaen no la pueden alterar[188].

En materia de responsabilidad.

De adoptarse la sistemática de nuestra postura, arrojaría beneficios también en cuanto a la responsabilidad civil, administrativa o de otro tipo que pueda surgir de la conducta llevada a cabo, tanto por el médico como por la mujer en el procedimiento abortivo.

Se sabe que la jurisdicción no podría afirmar y negar la misma cosa al mismo tiempo, pero ello, no impide que una conducta lícita en un ámbito del derecho genere responsabilidades en otro ámbito del mismo ordenamiento jurídico, debido a diferentes fundamentos de responsabilidad, diferencia basal que excluye el escándalo jurídico que significaría considerar lícito un acto en una rama del derecho e ilícito en otro ámbito normativo; y que de no meritarse, llevaría a la errada conclusión de que el ejercicio regular de un derecho, afirmado en sede penal, no podría generar ninguna responsabilidad en otro fuero[189]. Es precisamente la diferencia en los fundamentos de responsabilidad la razón por la cual la unidad y no contradicción del orden jurídico no se ve afectada, y sería incorrecto considerar que en el caso de conductas típicas pero justificadas, la unidad de la antijuridicidad debería llevar necesariamente a la ausencia de cualquier consecuencia sancionatoria o responsable en otro ámbito del derecho.

Piénsese por ejemplo en la conducta de quien para salvar su vida debe dañar de manera importante un inmueble de un ajeno que nada tuvo que ver con el hecho. Su conducta podrá ser típica de daño pero justificada porque debió hacerlo para salvar su existencia, lo que excluiría su responsabilidad penal, pero en materia civil, es lógico suponer, que ese tercero que recibió el daño sobre su propiedad debe ser reparado. Y esto ocurre también en otros ámbitos del derecho.

En cambio si la conducta llevada a cabo fuer atípica, no puede generar responsabilidad en ningún ámbito del derecho puesto que allí sí llevaría al ordenamiento

---

[188] Ob. Cit. nota anterior, págs. 413 y 569.
[189] Ob. Cit nota 156, pág. 463.

jurídico a afirmar y negar la misma cosa al mismo tiempo. De allí la importancia de la atipicidad de las conductas en vez de su consideración como causales excluyente de la antijuridicidad o aún al nivel de la culpabilidad, puesto que en estos dos últimos casos sí pueden generar consecuencias en otras ramas del derecho debido a diferentes fundamentos de responsabilidad.

En el campo procesal.

En esta área del derecho si bien no podría señalarse ab initio una correspondencia entre la ubicación dogmática de algunos supuestos con su tratamiento en los procesos penales, sí pueden hacerse algunas consideraciones basadas principalmente en la realidad de nuestros sistemas procesales y de nuestros tribunales, que si se tuviera por cierta nuestra propuesta, también generaría beneficios.

Decimos eso por las siguientes razones. Al afirmarse la atipicidad de las acciones que se enmarcan en el inciso en estudio, los fiscales o jueces de instrucción –depende el sistema procesal vigente en cada lugar- podrán lisa y llanamente prescindir de la promoción de la acción o, a poco de promovida, y por obra de la defensa y/o el Juez de Garantías, que se culmine con un proceso penal en contra de quien en definitiva no podrá ser condenado por inexistencia de delito en el primer paso de análisis, que por cierto, por tratarse de cuestiones objetivas y palmarias, no requieren demasiada prueba ni informes técnicos que llevan un cierto tiempo en su producción, pues sólo con la denuncia penal, algún otro elemento que la secunde para demostrar su seriedad y un informe médico ginecológico que dé cuenta por un lado del abuso sexual con acceso carnal y por el otro de la existencia del embarazo, ya se encontraría en situación de resolver.

En cambio de considerarse causas de justificación o causales de inculpabilidad, el proceso que se llevará adelante será no sólo más extenso sino también más dañoso porque estas cuestiones en los procesos penales, de ordinario en nuestros lares, salvo que sea groseramente expresa, no se establece sino hasta la realización del juicio oral y público, ya que la realidad procesal indica que, amparados en el juicio de probabilidad que significan los autos procesamiento y/o elevaciones a juicio, los jueces de primera

instancia, en la duda, optan por elevar los casos al Tribunal de Juicio, a veces por convicción de que sólo podrán verificarse con los beneficios del principio acusatorio, la inmediación y la concentración probatoria, y otras veces por liviandad.

Y debe tenerse en cuenta que en nuestras latitudes el plenario sucede en todos los casos varios meses de iniciada la investigación, y en muchísimos otros, hasta años más tarde. Aún más, no debe olvidarse que muchos de los casos de aborto se inician a modo de solicitud de autorización para abortar, es decir que con la solución que clásicamente se propone, aún con sus variantes, la resolución llega tarde, esto es, cuando el embarazo ya está muy avanzado, el niño ya nació, o la madre desesperada ya abortó ilegalmente.

En cambio con nuestra propuesta, que amén de ser, a nuestro humildísimo criterio, la más adecuada dogmáticamente, se obtendría una resolución sino inmediata anterior al inicio del proceso penal, mucho antes una vez iniciado éste, pues la inexistencia de delito se verificará en la primera etapa del análisis estratificado de su estructura, en el primer adjetivo de la acción investigada, es decir que la atipicidad en estos casos servirá de herramienta para excluirlos del proceso penal de una manera más rápida, certera y segura para todos los actores, pues se requieren muy pocos elementos de convicción para su dilucidación.

Pero como hemos tomado postura por la comprensión de todos los abusos sexuales con acceso carnal en la no punición, ello ya supone la exclusión de la selección del sistema penal de un gran número de seres humanos –mujeres violadas no idiotas o dementes-, que según las escasas estadísticas serias sobre el tópico, aumenta año a año en niveles muy preocupantes, y que como es característica propia del sistema punitivo en nuestros lares, se concreta selectivamente sobre los estratos más bajos -o directamente excluidos- de nuestras sociedades. Entiéndase esto como limitación de la prisionización de gente, arbitraria e irracionalmente, que además en estos casos carga con una pena natural mucho más grave que cualquier pena privativa de la libertad.

En el ámbito sanitario.

Por otro lado, en el campo del derecho sanitario la seguridad sobre la exclusión de punición a los médicos permitirá una reglamentación mucho más segura y garantista de sus derechos tanto humanos como profesionales, puesto que, más allá de la objeción de consciencia que cada uno pueda hacer valer, la seguridad jurídica de su no punición en algunos casos excepcionales, como son los que intentamos delimitar del artículo 86.2 CP les permitirá actuar y decidir con libertad, en vez de con una especie de espada de Damocles como amenaza de una condena penal cada vez que se les presenta una situación de petición de aborto.

Mucho más ventajoso será para las madres que deseen abortar en las circunstancias descriptas en el 86.2 CP, excepcionalísimas por cierto, y mucho más humana la interpretación que las excluya de la potentia puniendi estatal.

Y por último, de aceptarse nuestra propuesta, los legisladores locales verán más allanados los obstáculos para proceder a la reglamentación de los procedimientos abortivos, para los casos no punibles, aunque por cierto, la ubicación dogmática de los supuestos no es el único, sino que se encuentra en un inmenso conjunto que debería revisarse racional y constitucionalmente, para que no suceda lo que aconteció por ejemplo en la provincia de La Pampa con la ley n° 2.394/07, presentada por el Diputado Socialista Adrián Peppino, aprobada por mayoría absoluta en la Legislatura de la Provincia de La Pampa, que disponía los procedimientos sanitarios adecuados para llevar adelante los procedimientos que habilita la ley de fondo en el ámbito de los hospitales públicos, y que fue vetada el 17 de diciembre de 2007 por el gobernador Oscar Mario Jorge, sin fundamentación jurídica válida alguna y bajo presiones de ciertos sectores de la sociedad pampeana[190].

---

[190] Relevo la noticia del Diario "El Diario" de La Pampa, de fecha 07/04/2010 por la importancia en su descripción de las acciones llevadas a cabo por el Partido Socialista y el Constitucionalista Andrés Gil Domínguez, post-veto, publicado en el link http://www.eldiariolp.com.ar/index.php?option=com_content &task=view&id=52332&Itemid=30: "El Partido Socialista de La Pampa presentó ayer ante la Corte Suprema de Justicia la apelación contra el veto del gobernador Oscar Jorge a la ley Peppino, la que reglamentó el procedimiento a seguir en los casos de abortos no punibles (los que autoriza el Código Penal) en los hospitales públicos de La Pampa. La presentación estuvo a cargo del abogado constitucionalista Andrés Gil Domínguez. Acompañaron la misma las integrantes del Foro No al Veto Mónica Rodríguez y Verónica Roda y la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito. La presentación del PS pampeano genera expectativa porque será la primera vez que la Corte Suprema tendrá en sus manos el análisis del tema del aborto, aunque se trate de los abortos no punibles.

Habiendo realizado el estudio que nos propusimos para el presente aporte, sólo nos resta traer a colación la jurisprudencia relacionada y esbozar algunas conclusiones.

CAPÍTULO 7.

JURISPRUDENCIA.

Consideraciones formuladas por Tribunales de nuestro país.

Puesto que la jurisprudencia en relación al artículo 86, inciso 2°, del C.P. en estudio, no abunda, primeramente reseñaremos con cierto detalle un fallo recientísimo de la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y de

---

El objetivo de este recurso es que la Corte resuelva sobre la inconstitucionalidad de los fundamentos del veto a la Ley 2.394/07, aprobada por mayoría absoluta en la Legislatura de la Provincia de La Pampa y vetada el 17 de diciembre de 2007 por el gobernador Oscar Mario Jorge. Fue uno de los primeros actos de gobierno que ejecutó. Además, el ex gobernador Carlos Verna se lavó las manos: no promulgó la ley durante sus últimos días de mandato. La ley mencionada reglamenta un procedimiento para el cumplimiento del artículo 86 del Código Penal Argentino, referido a los abortos no punibles, con el objetivo de que las/os médica/os tengan resguardo jurídico para efectuar los abortos legales de manera eficaz, evitando la judicialización, y a las mujeres les garantice que se cumplan sus derechos. "En lo que consideramos constituye un grave retroceso, la ley fue vetada argumentando su inconstitucionalidad", dijo la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito. A partir de esta situación el Foro Pampeano No al Veto y sus representantes legales plantearon como estrategia la presentación de una Acción Declarativa de Inconstitucionalidad -ADI- ante el Superior Tribunal de la Provincia de La Pampa, que la rechazó el día 23 de marzo del corriente año. Uno de los argumentos que utilizó el STJ para el rechazo es que la legislación no contempla a los partidos políticos en este tipo de presentación colectiva. Gil Domínguez dijo que "se ha aceptado, por parte de la Corte Suprema, la presentación de asociaciones o entidades. ¿Cómo un partido político no va a representar a la gente?". También está en juego el concepto de salud. Jorge vetó la ley porque se metía en cuestiones de fondo, del Código Penal y tenía un concepto de "salud integral". La ley Peppino contempló el concepto de la Organización Mundial de la Salud, la OMS, que la define como un "estado de bienestar físico, psíquico y social". Jorge se apegó el concepto antiguo, que sostiene la Iglesia, que considera la ausencia de enfermedad."

Minería del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut, Argentina, por la importancia de las consideraciones que realiza, la claridad con que se pronuncia respecto de algunas cuestiones y la importancia que brinda a la situación problemática de fondo.

El fallo es de fecha 08 de marzo de 2010, en autos: "F., A. L. s/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA", (Expte. Nº 21.912-F-2010), y la decisión se fundó en el voto del Dr. Daniel L. Caneo, al cual adhirieron los Dres. Fernando S. L. Royer y José Luis Pasutti, registrado bajo el N° 01/S.R.E./2010 en la Secretaría de la Dra. Carmen Vélez.

Voto del Dr. Caneo, considerando IV. III.1 refiriéndose a los abortos no punibles del artículo 86, inciso 2°, del C.P.: " En efecto, de la simple lectura del texto expreso de la norma -hoy vigente en nuestro derecho positivo- se observa que en ninguno de los supuestos contemplados por el artículo en cuestión se impone una autorización previa a la jurisdicción para practicar el aborto; el legislador así no lo ha querido, y precisamente, porque en el marco regulatorio de las excepciones contempladas, por su propia esencia, la ingerencia del poder judicial se muestra incompatible frente a ellas. Es una exigencia adicional que a la mujer se le representa como una carga y una vulneración a su derecho de acceder al aborto en los casos permitidos por la Ley. El legislador no ha dejado en manos de los jueces, y en estos casos particulares, la tarea de preferir la vida de una u otra persona; porque -precisamente- el mismo consagró el resultado de la ponderación entre el derecho a la vida del nasciturus y el derecho de la mujer, víctima de una violación. Razones legales, médicas y éticas hacen que una decisión de esta naturaleza no sea complementada o integrada por el órgano jurisdiccional. … El protagonismo y la intervención necesaria, se han colocado en cabeza de la mujer, que es la que debe prestar el consentimiento y en un médico diplomado dictaminar y aplicar la intervención que corresponda; y ello trasunta por los caminos de "legalidad", "de la no punibilidad". No es el juez el que habilita o autoriza sino la misma norma. Pero quiero, dejar bien en claro, que el hecho de que el Código Penal establezca un régimen de excepcionalidad a la punibilidad del aborto, no autoriza a desconocer la obligación positiva de proteger, en general, la vida desde la concepción; ni mucho menos, entender que se está ante una vulneración a los

compromisos asumidos por la Argentina en materia de Derecho Internacional de Derechos Humanos. Es por ello, que comparto plenamente lo dictaminado, en este sentido por el Sr. Procurador General al afirmar que "…verificadas las circunstancias previstas por el legislador penal en el art. 86, el aborto no será punible penalmente…se trata de una decisión del Legislador Nacional. El principio de reserva importa afirmar que las conductas que no están prohibidas están permitidas, de modo que es la propia ley la que habilita a los médicos diplomados a realizar la práctica…" (fs. 547, cuarto párrafo in fine)."

En el considerando V, toma postura respecto de una discusión clásica y da cuenta de la problemática de base en el caso: "En efecto, del estudio y análisis meditado de autos, pese al inexorable transcurso del tiempo -habida cuenta que A. se encuentra pronto a cursar la vigésima semana de embarazo-, entiendo que la situación de la peticionante encuadra en el inciso 2°, primera parte del art. 86 del C. Penal; coincidiendo con la doctrina mayoritaria que se enrola en la tesis amplia que entiende que la previsión legal contempla tanto el "aborto eugenésico" (violación a una mujer idiota o demente), como el "aborto sentimental o moral" (violación de una mujer normal).- … Conforme a las constancias obrantes en autos y de las que emergen del expediente penal, que tengo a la vista, la gestación de la adolescente tuvo su origen en un acto de abuso sexual -violación- del que ha sido víctima, con el agravante repugnante, a la dignidad humana, que la autoría es atribuida a su padrastro; y digo esto, porque si bien el ofensor no es el padre biológico de la menor, en el sistema jerárquico familiar estaba ubicado en el subsistema parental, lo que refuerza el daño provocado, por su propio tinte incestuoso. En su mundo interno es imposible, incompatible e intolerable calificar como hijo a quien sería el hijo del padre de sus hermanos, hijo del marido de su madre (informe del E.T.I., 28/01/2010, fs. 27 y vta.). A. ha pasado por una situación traumática, que dejará inevitables secuelas en su aparato psíquico, el impacto del ASI ha sido equiparado con el de un disparo en el aparato psíquico, al que se debe sumar, el impacto producido por el embarazo, que complejiza enormemente la tarea reparatoria que la niña tiene que realizar. Se evalúa, también, que desde un punto de vista psicológico, la continuidad de este embarazo contra la voluntad de la adolescente implica grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida (mismo informe, fs. 27 vta.). Consecuentes, con lo informado por los profesionales de la

medicina, el Dr. Martelossi (Lic. Psicología) y el Dr. Soria (Especialista en psiquiatría) (09/02/2010), también, informan al Tribunal que la paciente al ser entrevistada el 05/02/2010 presentaba sintomatología depresiva reactiva a las vejaciones y violación sufridas desde los once años. Presenta ideación suicida si el embarazo no es interrumpido; puede comprender alternativas a la interrupción del embarazo, pero se niega a ello. Es reflexiva y conciente de su situación actual, manifestando que su plan de vida y sus proyectos a corto plazo, se han visto alterados por la situación traumática de la violación y el embarazo (fs. 82 y 125). La adolescente se encuentra en un estado de vulnerabilidad debido al daño psíquico producido luego de cuatro (4) años de abusos y violación (fs. 125/126).”

El Dr. Pasutti, en abono de lo ya dicho por su colega, en su voto analiza la constitucionalidad del artículo comprometido: “En tal sentido, tal como lo sostuviera el vocal que me precediera en la votación, adelanto que considero que el art. 86, en la porción que se analiza en el presente pronunciamiento, no se contrapone al bloque constitucional consagrado por la Constitución Nacional y los tratados internacionales, en tanto la norma es consistente con la prohibición de desprotección legal arbitraria respecto al derecho a la vida del por nacer, de hecho parte de la base de considerar al aborto como una conducta antijurídica, el principio que protege la vida desde la concepción es una norma de carácter general que puede admitir excepciones, tales las consagradas por la norma en debate, y el supuesto de no punibilidad consagrado normativamente y que ha de analizarse a continuación, en detalle compromete otros derechos fundamentales de rango análogo -v.gr. dignidad, salud e igualdad-, por lo que no puede calificarse ni de irracional ni de arbitraria a la decisión legislativa. Esta aparece fundada en una causa grave y excepcional, sujeta al margen de valoración del legislador y compatible con la protección constitucional. … En cuanto a la protección de la vida por nacer establecida en los pactos incorporados a la Constitución, cabe señalar, con Gil Domínguez (“Aborto voluntario: La Constitucionalización de la Pobreza”, L.L., 1998-F-562) que en ellos “se evitó utilizar un concepto absoluto -el derecho a la vida desde el momento de la concepción- porque habría implicado la derogación de los artículos de los códigos penales que regían en 1948 muchos países y que excluían la sanción penal en diversos casos”.- … De conformidad con lo dispuesto por el art. I de la Convención Americana de Derechos y Deberes del Hombre, “Todo ser

humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona". El art. 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica establece que "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de su concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". Esto significa que la protección del derecho a la vida consagrada en la Convención Americana de Derechos Humanos no es de carácter absoluto, pudiendo admitirse excepciones a la regla de protección. En el caso N° 2141, frente a un aborto, se denunció la violación de los Arts. I, II, VII y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aclarados por la definición y descripción de "derecho a la vida" que consta en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En la Resolución N° 23/81 (caso 2141) la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos puntualizó que para la redacción del art. I de la DADyDH se tuvieron en cuenta normas que preveían supuestos de abortos no punibles en distintos países signatarios, entre ellos la Argentina. Textualmente señaló que: "… e) En relación con el derecho a la vida, la definición dada en el Proyecto del Comité Jurídico era incompatible con las leyes que rigen la pena capital y aborto en la mayoría de los Estados americanos. En efecto, la aceptación de este concepto absoluto -el derecho a la vida desde el momento de la concepción- habría implicado la derogación de los artículos de los códigos penales que regían en 1948 en muchos países, porque dichos artículos excluían la sanción penal por el crimen de aborto si se lo ejecutaba en uno o más de los siguientes casos: A) cuando es necesario para salvar la vida de la madre; B) para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro; C) para proteger el honor de una mujer honrada; D) para prevenir la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa y, E) por angustia económica. F) En 1948, los Estados americanos que permitían el aborto en uno de dichos casos y, en consecuencia, hubieran sido afectados por la adopción del artículo I del Comité Jurídico, fueron: Argentina -artículo 86 n. l, 2 (casos A y B)…". Concluyó que los Estados Unidos tenían "razón en recusar la suposición de los peticionarios de que el artículo I de la Declaración ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción, que en realidad la conferencia enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido ese principio.- En dicha ocasión, la C.I.D.H. puntualizó que similares observaciones debieron ser salvadas en la redacción del art. 4.1 de la

C.A.D.H. y que a ello se debió la incorporación de las palabras “en general”. A la luz de tales antecedentes, concluyó que la interpretación que le adjudicaron los peticionarios de la definición del derecho a la vida formulada por la Convención Americana era incorrecta. En lo que respecta a la aclaración formulada al aprobarse la Convención de los Derechos del Niño respecto del art. 1 de dicha Convención, sobre la base de diferenciar las reservas de las declaraciones interpretativas, se ha sostenido que éstas últimas no poseen rango constitucional. Esta doctrina advierte que la declaración emitida por la República Argentina a través de la Ley N° 23.849 no forma parte del tratado y, por tanto, carece de jerarquía constitucional. Esto implica que el Congreso de la Nación puede modificar o derogar la ley en cuestión, sin seguir ningún procedimiento especial que requiere la reforma de cualquier cláusula de rango constitucional. Sobre la base de diferenciar “reserva” y “declaración”, distinción que también fundan en palabras del presidente del Bloque Radical en la Convención Nacional Constituyente, sostienen la constitucionalidad de la norma en examen aún con posterioridad a la incorporación de la C.D.N. (Roberto Gargarella, Coordinador, “Teoría y Crítica del Derecho Constitucional”, Romina Faerman, “Algunos Debates Constitucionales sobre el Aborto”, T. II, págs. 663 y sgts.). Lo cierto es que más allá de la declaración formulada, la que data del año 1990, en el derecho interno se mantuvo la vigencia del art. 86 del Código Penal y que un análisis lineal de la C.D.N. y de la declaración emitida llevaría a las gravosas consecuencias que advirtiera la Dra. Kemelmajer de Carlucci, ut supra individualizadas, lo que desalienta a escoger tal camino interpretativo. … A las consideraciones previamente vertidas, cabe adicionar que siempre debe tenerse presente que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, por lo cual debe ser considerado como ratio final del orden público (Fallos, 295:850, entre otros). Conozco que la interpretación de la norma involucrada está dividida, que a la par de una posición amplia en la definición de su alcance existe también una posición restringida. Sin perjuicio de ello, estoy convencido que el principio de legalidad que rige en materia penal exige interpretar los supuestos de no punibilidad previstos por el art. 86, inc. 2°, C.P., con la mayor amplitud posible.”

También toma postura respecto de la amplitud del artículo 86.2 CP, así dice: “…considero que la norma citada en el párrafo precedente consagra la no punibilidad del aborto de cualquier mujer que ha sido violada. Desde el análisis literal de la norma

son varias las razones que abonan tal interpretación, la disyunción marcada por la "o", la expresión "En este caso", que puede entenderse referida a la segunda parte del inc. 2°, la utilización de la palabra "cometido" en singular y, especialmente, la exigencia del "consentimiento de la mujer encinta" incorporada previo a la determinación de los supuestos previstos por los incs. 1° y 2°. Es que, si el inc. 2° se refiriere solo a una mujer idiota o demente su consentimiento no podría ser exigido.-

Y finalmente, en pocas líneas responde a algunas posturas que indican que el artículo en análisis se encuentra derogado tácitamente por los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional y a quienes procuran una interpretación restrictiva a su respecto: "Volviendo a los ya diferenciados roles que le competen al Poder Legislativo y al Poder Judicial, coincido con el criterio que ha sostenido que asumir la derogación tácita del art. 86 del C.P., implica en los hechos una enmienda judicial que le está vedada a los jueces, en tanto en virtud del principio de legalidad (art. 18, C.N.) la regulación en materia penal mediante normas de orden público está exclusivamente reservada al legislador (Roberto Gargarella, Coordinador, Ob., art. y t. cit., pág. 667). En igual sentido, si se deben interpretar restrictivamente los tipos penales para restringir la criminalización, inversamente, las causas de exculpación o supresión de la pena deben interpretarse ampliamente. La Corte Suprema sostuvo al respecto que las leyes penales no pueden aplicarse por analogía ni ser interpretadas extensivamente (Roberto Gargarella, Ob., art. y t. cit., pág. 682). También coincido con quienes han sostenido que la interpretación restrictiva del inciso en análisis implica atribuir a las mujeres actos heroicos que el derecho no puede imponer. En el caso, imponerle a una niña de quince años, que denuncia haber sido violada por quien ella consideraba su padre, papá de cuatro de sus hermanos, llevar adelante un embarazo no querido, existiendo varios informes en el curso del proceso que afirman que la situación ha puesto en riesgo no sólo su salud psíquica sino también la física.-

Por último subsume la conducta llevada a resolución para concretar su calificación legal, del siguiente modo en su considerando VI.: "Concretada tal definición, debo ahora analizar si el caso se subsume en lo dispuesto por el art. 86, inc. 2° de la norma vigente.- Ello así, a mi criterio los hechos que se presentan no parecen

generar mayor controversia.- Los distintos informes practicados en el curso del proceso, con la intervención de muy diversos especialistas, y las partes están de acuerdo en que el embarazo es producto de una violación.- He de puntualizar en qué baso tal afirmación:-1) Así lo relata la víctima y su familia en un contexto en el cual ciertos hechos denunciados han sido corroborados, lo que torna fuertemente verosímiles a las manifestaciones expuestas. Por ejemplo, mediante oficios librados en la causa penal se comprobó el hecho de que la Sra. A.F. debió viajar a la ciudad de Buenos Aires el 09/11/09, regresando el 14/11/09, viaje que concretara con otro hijo menor (ver fs. 67/70 del Expte. N° 25.661). A su vez, el testimonio prestado por una amiga de A. en dicho trámite es coincidente con los hechos que se denuncian como fundamento de la petición y aporta datos de peso respecto de la personalidad de A. y su cambio (ver fs. 105 del Expte. N° 25.661). … Es evidente, que las imputaciones concretadas en la causa penal van a ser esclarecidas con posterioridad, mas la urgencia que demanda la resolución a tomar no admite esperar a la conclusión de dicho trámite. No puede exigirse una sentencia condenatoria en sede penal para habilitar el supuesto previsto por el inc. 2do. del art. 86, C.P. Tal exigencia vaciaría de contenido el supuesto de aborto no punible allí previsto. Lo que corresponde en cambio, es analizar la seriedad de la denuncia. Y, si bien es imposible evitar todo margen de dudas, en la opción debe privilegiarse y confiar en el relato de la víctima, circunstanciado y acompañado de múltiples elementos que hablan de su seriedad.

Por su parte el Dr. Royer, tercer votante en el caso dijo: “1.- En un paradigma de Estado social y democrático de derecho que, conceptual y esencialmente se nutre del garantismo convencional y constitucional, el acceso a la jurisdicción oportuna es una de las garantías más importantes. No sólo se debe procurar “dar a cada uno lo suyo”, sino hacerlo “cuando corresponde”. El factor tiempo, es un componente definitorio de la justa y eficiente satisfacción de la pretensión esgrimida. (A. Gil Domínguez, “Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires”, pág. 67). En su abordaje, no puedo dejar de soslayar que los recursos planteados contienen defectos formales, que si fueran medidos en otro proceso de conocimiento, conducirían irremediablemente al rechazo formal, cediendo aquí, ante la urgencia temporal impresa al trámite y la naturaleza de los

derechos humanos involucrados. (Conf.: Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, Trotta, Madrid, 2001).”

Respecto del bien jurídico afectado dijo en su considerando “II.- DOCTRINA.” lo siguiente: “Sin desconocer posiciones doctrinarias contrarias, me enrolo en la que proclama que ningún derecho reconocido por la Constitución, entre ellos la vida, posee carácter absoluto y que la relatividad, es la nota que los caracteriza. (conf.: Germán Bidart Campos, “Manual de Derecho Constitucional Argentino”, pág. 189 y “Manual de la Constitución Reformada”, pág. 493). En igual sentido: María A. Gelli, “Constitución de la Nación Argentina”, LL, pág. 77.- De lo que se deriva que el grado de protección de cada derecho constitucionalmente reconocido dependerá entonces, de la decisión legislativa que lo reglamente, que debe ser razonable. Los conflictos que irremediablemente, se suscitan entre los distintos derechos constitucionales, son resueltos por el legislador. Es a él a quien corresponde determinar la conveniencia o no, de castigar penalmente la realización de un aborto. Es una cuestión de política legislativa, no un problema constitucional, que deba ser dirimido en el sub-lite. Y es evidente que frente a la colisión de intereses y bienes jurídicamente protegidos -vida humana vs. libertad sexual-autodeterminación-, en el caso de la concepción producida por violación-abuso sexual con acceso carnal- la ley, hace prevalecer al segundo, sobre el primero. (Conf.: Gil Domínguez, Famá, Herrera, “Derecho Constitucional de Familia”, Ediar, Bs. As., 2006, Tomo II, págs. 1022, 1023).”

En su considerando “III.- CONSTITUCIONALIDAD” sostuvo: “Desde este prisma, corresponde determinar si en este caso concreto, en el que la menor de 15 años, A. G., embarazada como consecuencia de haber sufrido la violación de su padrastro, se encuentra o no contemplado en alguno de los supuestos previstos por el art. 86 del C.P.- Esta norma penal protege -como principio- el derecho a la vida de la persona por nacer. Al mismo tiempo lo reglamenta, legislando causas de justificación -los incisos 1º y 2º- que, por las razones más arriba expuestas, no están reñidas con el ordenamiento convencional ni constitucional. Así lo interpretan, por lo demás, Aída Kemelmajer de Carlucci, Sabsay, Jiménez, Dalla Vía, Gelli y Zaffaroni (Conf.: Gil Domínguez, “Aborto voluntario, vida humana y Constitución”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, pág.

167). Y en nuestro sistema de control constitucional, las leyes se reputan legítimas si han sido sancionadas siguiendo los mecanismos previstos en la Constitución (C.S.J.N., Fallos, 226:688; 242:73; 300:241; 314:424). En principio, las normas legales o reglamentarias rigen en el contexto de su determinación, a menos que los jueces declaren su inconstitucionalidad dando precisa razón del cotejo o juicio valorativo en que se expongan los motivos que justifiquen semejante pronunciamiento. (Conf.: Doct. C.S.J.N., Fallos, 324:2780). Declaración que por tanto, ha de ser expresa e importa la más delicadas de las funciones encomendadas a un tribunal de justicia y un acto de suma gravedad, verdadera última ratio del orden jurídico (C.S.J.N., Fallos, 322:919; 323:2409; 324:920).Por lo demás, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene decidido que el art. 86 del C.P. es constitucional (Fallos, 321:1145) y que no es posible dejar de aplicarlo si no se lo reputa inconstitucional. (C.S.J.N., Fallos, 257:295; 262:45)."

Y por último reflexiona en relación a la vía procesal y a la problemática de fondo, entre otras cuestiones, en su considerando "VII.- CONCLUSIÓN" de la siguiente manera: "Por tal motivo, juzgo útil expedirme respecto a la autorización para realizar las prácticas abortivas que mencionan en su dictamen los Ministerios Públicos.- La regla general, según doctrina consolidada, es que la aplicación del art. 86 incs. 1º y 2º del Código Penal, no requiere de autorización judicial, quedando la responsabilidad de decidir si se dan los supuestos fácticos descriptos por la norma, a criterio de los médicos que, en el trance, atiendan a la paciente ya sea en el sector privado o en el público de la salud, aplicando los principios y reglas del buen arte de curar. (Corte Suprema de Mendoza, 22/08/2006, Expte. N° 87.985, "G.A.R." en J 32.081, "Cano, Sonia M y Otras c/ sin demandado p/ Ac. de Amparo s/ per saltum" y S.C.B.A., Causa Ac. 98.830, "R.L.M., NN persona por nacer. Protección. Denuncia", 31/07/2006).- Sin embargo, puede darse el supuesto de que los facultativos intervinientes hubiesen arribado al convencimiento de que no es posible interrumpir el embarazo, basados en consideraciones médico-legales. En este caso, la mujer gestante podría disconformarse de esa conclusión, controvirtiendo judicialmente la solidez científica de aquel dictamen, postulando el encuadramiento de su problema en alguna de las hipótesis contempladas en el art. 86 del C.P. Sea cual fuere el continente procesal adecuado, es lo cierto, que en

un contradictorio respetuoso del debido proceso legal, esta mujer debería probar que aquella negativa de los facultativos responde a apreciaciones médicas o jurídicas inexactas. Estaríamos en presencia así de un caso susceptible de decisión jurisdiccional, del que no puede pregonarse ya la innecesariedad de la intervención de los jueces (voto del Dr. De Lázzari, en autos: "O, M.V. víctima de abuso sexual", S.C.B.A., Fallo C 100459.).- No surge de los presentes autos que la denunciante haya ocurrido a la jurisdicción ante la negativa de un facultativo a interrumpir el embarazo que cursa su hija, violada por su padrastro. No obstante lo cual, el caso se judicializó indebidamente y hay que resolverlo con la máxima celeridad, pues como adelantan mis colegas y comparto en un todo, A. G. se encuentra comprendida por el art. 86 inc. 2°, 1° parte, del C.P., por las razones institucionales que desarrolló en su primer voto el Dr. Caneo y porque su petición le ha sido arbitrariamente denegada en las instancias anteriores.

En consecuencia y una vez que la gestante preste su consentimiento informado (Conf.: Art. 12, inc. 20 y 22 de la Recomendación General Nº 24, CEDAW, 1999), los profesionales de la salud deberán adoptar todas las previsiones de una adecuada intervención médica, aplicando los principios y reglas del buen arte de curar y sin necesidad de autorización judicial previa. (S.C.B.A., Causa Ac. 98.830, "R.L.M, NN persona por nacer. Protección Denuncia", del 31/07/2006)."

Recomendamos muy especialmente la lectura del fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, de fecha 31 de julio de 2006, en causa Ac. 98.830, "R., L.M., 'NN Persona por nacer. Protección. Denuncia'", publicado en LLBA, 2006-895 y 2006-1168, especialmente los votos de los doctores Soria, Genoud, Pettigiani y Roncoroni, por el tratamiento tanto dogmático-como, como histórico y fundamentalmente constitucional que hacen del inciso cuyo estudio nos hemos propuesto.

No obstante la recomendación de la lectura completa recomendada, traeremos a colación seguidamente algunos extractos[191].

---

[191] Los que pueden consultarse también de la siguiente obra: Baigún, David; Zaffaroni, Eugenio Raúl dirección; Terragni, Marco A. coordinación "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial" Tomo 3. 2° edición. Arts. 79/96 Parte Especial. Marcela De Langhe supervisión. Editorial Hammurabi. Bs. As. 2010, págs. 914 a 917.

Del voto del Dr. Soria:

"Cabe dejar sin efecto la sentencia que prohíbe la práctica médica interruptiva del embarazo de una menor considerada débil mental y abusada sexualmente, dado que se hallan configurados los supuestos objetivos previstos por el art. 86, inc. 2° del Cód. Penal, ya que la niña, debido a su nulo discernimiento para comprender el significado de un encuentro sexual, no pudo consentir libremente el coito que la llevó al estado de gravidez, y además la posible intervención médica cuenta con la conformidad de su madre."

"El hecho de que sólo uno de los progenitores de la menor embarazada, abusada sexualmente y débil mental, haya manifestado su interés en llevar a cabo la interrupción del embarazo, no obsta a que se tenga por configurado el "consentimiento" exigido por el art. 86, inc. 2° del Cód. Penal, pues la progenitora que interviniera en el proceso resulta ser quien ejerce en los hechos la patria potestad de la niña"

"Si bien en el ordenamiento vigente la decisión de interrumpir el proceso de gestación y alumbramiento está fundamentalmente vedada y en la generalidad de las circunstancias es merecedora de reproche penal, ello no lleva consigo que el nasciturus sea receptor o centro de una protección jurídica totalmente idéntica a la de la persona ya nacida o titular de un derecho absoluto que pueda ser interpuesto siempre en desmedro de la vida, la salud o la dignidad de la mujer embarazada".

"Exigir una sentencia firme de condena por abuso sexual para la aplicación del art. 86, inc. 2° del Cód. Penal no es ajustado a derecho, pues se asignará al enunciado normativo la organización de una extraña prejudicialidad indirecta que siempre derivaría en el bloqueo absoluto de la intervención médica"

"Las prácticas abortivas, no como conducta necesaria, sino como opción valorativa no incriminada de la mujer violada, absolutamente inhábil para haber comprendido el sentido de la sexualidad y para afrontar una maternidad, integran el listado de situaciones que se identifican o indican como excepciones razonables a la tutela supralegal de la persona por nacer"

"Resulta constitucional el art. 86, inc. 2° del Cód. Penal, dado que el bloque de constitucionalidad no brinda pauta alguna para afirmar que el feto deba ser equiparado en su protección jurídica a una persona nacida, como ser arguye con invocación del art. 16 de la Const. Nacional."

Del voto del Dr. Genoud:

“En los supuestos de abortos impunes regulados por el art. 86 del Cód. Penal no es necesario peticionar una autorización judicial para realizar la práctica médica tendiente a interrumpir la gestación en tanto, no hay en la citada norma ningún vacío que permita inferir que un juez pueda autorizar o prohibir la conducta descripta”

“A efectos de la procedencia de la excepción prevista en el art. 86, inc. 2° del Cód. Penal no es necesario que las maniobras abortivas hayan sido realizadas después de instada la acción penal en orden al delito de violación sino que basta con invocar con seriedad la existencia de ese hecho ilícito, aún cuando este no hubiera sido investigado en un proceso penal”

“Si bien la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional protegen el derecho a la vida desde la concepción, este principio admite excepciones, y una de ellas se encuentra regulada en el art. 86, inc. 2° del Cód. Penal”

“Corresponde dejar sin efecto la sentencia que no autorizó la realización de prácticas abortivas en una menor discapacitada mental que había sido víctima de una violación toda vez que, se dan en el caso los requisitos previstos en el art. 86, inc. 2° del Cód. Penal para la no punibilidad del aborto, a saber: la existencia de una violación, la falta de capacidad de la víctima y el consentimiento del representante legal de aquélla”

Del voto del Dr. Roncoroni:

“El art. 86, inc. 2° del Cód. Penal no quiebra el bloque de legalidad y constitucional impuesto por la Constitución Nacional y por los Convenios supranacionales, en tanto el principio general que tutela la vida desde la concepción implica una regla general que admite excepciones cuando está en peligro la salud psíquica y mental de una menor violada, embarazada y que sufre de discapacidad mental.”

“La interrupción por medio de prácticas médicas del embarazo de una menor débil mental, abusada sexualmente, encuadra en las previsiones del art. 86, inc. 2° del Cód. Penal, pues si la niña no estaba en condiciones de prestar su libre consentimiento para el acto sexual por la discapacidad que sufre, se ha configurado una violación, sin que importe quien la cometió, ni se necesite una declaración judicial al respecto”

“Cabe revocar la sentencia que, sin declarar la inconstitucionalidad del art. 86, inc. 2° del Cód. Penal, prohíbe la práctica médica interruptiva del embarazo de una menor débil mental abusada sexualmente, puesto que en virtud del principio de legalidad contemplado en el art. 18 de la Const. Nacional, la definición de los delitos corresponde a la ley, lo que descarta su enmienda por orden judicial”

Lo resuelto en definitiva en dicho fallo, en lo pertinente, fue lo siguiente: “1… 2… 3… 4. Declarar que: a) la aplicación del art. 86, inc. 2 del Código Penal no requiere de autorización judicial; b) en vista de que el presente caso encuadra en un supuesto objetivo no incriminado por el ordenamiento jurídico con el alcance que surge del voto mayoritario de esta sentencia, no corresponde expedir un mandato de prohibición a la práctica de interrupción del embarazo sobre la joven L. M.R., en tanto esa intervención se decida llevar a cabo por profesionales de la medicina en función de su reglas del arte de curar. 5. Poner en conocimiento del Poder Ejecutivo de la Provincia la situación de la joven L. M. R. y su madre, exhortándolo a fin de que provea las medidas asistenciales y sanitarias que estime adecuadas para asegurar su salud, tratamiento y la satisfacción de sus necesidades sociales básicas. 6. Comunicar la presente sentencia a las autoridades del Hospital General San Martín de la ciudad de La Plata, así como a su Servicio de Obstetricia.”

“en el caso que estamos tratando, al argumento en defensa de la vida y la salud de la madre, puede sumarse el segundo argumento más ampliamente reconocido en todas las discusiones sobre aborto: este es el de la violación. Si el embarazo es producto de una violación llevarlo a término excede los límites del deber (…) y se convierte en un acto “supererogatorio”. Un acto es supererogatorio si: 1. No es ni obligatorio ni prohibido; 2. Su omisión no es incorrecta y no merece sanción ni crítica, formal o informal; 3. Es moralmente bueno, tanto en virtud de sus pretendidas consecuencias

cuanto en virtud de su valor intrínseco; 4. Es realizado voluntariamente por el bien de algún otro y así es meritorio. Por tanto, llevar a término un embarazo por violación no puede ser visto como un acto moralmente obligatorio sino como un acto supererogatorio que está más allá del deber. Lo haría una persona extraordinaria como un santo o un héroe, pero no se le puede pedir a las personas ordinarias. Por tanto, no parece justificable exigir que una niña de 10 años embarazada como consecuencia de una violación tenga la obligación de continuar con su embarazo". Juzgado de Menores N° 1 de La Plata. Dr. Augusto Bardi. Causa n° 50.154.

"El art. 86, inc. 2° del Cód. Penal legitima el aborto con un fin eugenésico, exclusivamente para el caso de mujer idiota o demente y el llamado aborto sentimental. Quedan excluidos de la desincriminación penal del aborto otros tipos de abortos eugenésicos diversos a los previstos expresamente en el art. 86, inc. 2° del Cód. Penal, entendiendo por tales a los que se hacen con el fin de eliminar a fetos que presentan problemas congénitos." CNCiv., Sala A, 9/10/96, ED, 172-295.

"No es al juez a quien corresponde elegir la vida de una u otra persona, autorizando una intervención quirúrgica abortiva; no corresponde por razones legales y éticas que una decisión de esta naturaleza sea integrada por el órgano jurisdiccional. … El art. 19 de la Const. Nacional dispone que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe. Por ello en el ordenamiento judicial argentino, el "Estado no autoriza" a los particulares a hacer uso de la libertad; lo lícito en tanto que no prohibido, n o tolera "venias" estatales. Salvo que por razones de bien común así se disponga expresamente" Juzg. 1° Instr. Civ. n° 26, 27/8/85, ED 117-423.

"No es punible el aborto eugenésico (art. 86, inc. 2°, Cód. Penal) si por error los imputados creyeron obrar con el consentimiento del representante legal, porque no hay culpabilidad cuando el sujeto si bien conoce todas las circunstancias de hecho que integran la figura, se determina porque, además, erróneamente, cree que existen otras circunstancias que lo autorizan a proceder, y esas otras circunstancias son de tal naturaleza, que de existir realmente, habrían justificado la conducta … No pueden ampararse en la eximente de error de hecho los médicos de un establecimiento oficial que, al practicar un aborto sobre una insana, alegan haber procedido en la creencia de

poseer autorización del representante legal, inexistente, ya que por sus estudios de medicina legal y su experiencia se encuentran en condiciones de distinguir entre padre, tutor, curador, guardador y apoderado" Juz. Fed. Bell Ville, conf. por Cám. Fed. Córdoba, 3/7/46, JA, 1946-IV-419

"La excusa del art. 86 del Código Penal no puede existir si no ha podido concurrir al aborto el consentimiento de la mujer encinta, ya que carece de voluntad jurídica relevante, por tratarse de una demente" Cámara Federal de Córdoba, LL, 44-779.

CAPÍTULO 8.

CONCLUSIONES.

Consideraciones finales.

De la lectura del presente trabajo pueden vislumbrarse varias cuestiones que tornan espacialísimos los casos abordados. Para ello hemos efectuado un análisis genealógico profundo del artículo analizado, que nos dio como resultado poco menos

que una ensalada conformada por normas jurídicas extrañas a nuestro derecho patrio, fuentes erróneamente citadas, legisladores precipitados, comisiones de legisladores que incluyeron novedades en un proyecto de código alterando su armonía, otros que cambiaron su redacción para continuar en la misma senda, otros que las suprimieron, y finalmente otros que las volvieron a incluir.

También hemos traído a colación a un gran número de autores que se han pronunciado sobre las consecuencias dogmático-penales de los casos analizados, tanto en el ámbito del derecho nacional como en el comparado, de los cuales hemos extraído aportes que nos han servido de mucho en el análisis que nos hemos propuesto realizar.

A mayor abundamiento diremos que sobre una cuestión no hay ninguna duda, y es sobre que el hecho de que el embarazo cuando proviene de una violación o de un atentado al pudor sobre una mujer idiota o demente, tiene consecuencias jurídicas distintas a cuando esas circunstancias no existieron, porque así lo dice la ley específica. El problema que abordamos y sobre el que intentamos concluir es precisamente ese y tratamos de establecer en qué aspecto de la estructura delictual se produce la consecuencia jurídica distinta.

De manera previa, y para saber donde estábamos parados, relevamos las posturas al respecto y pudimos ver las dudas que se han suscitado en la doctrina y jurisprudencia respecto de la ubicación dogmática de esos casos, habiéndose abstenido de pronunciarse al respecto algunos autores de importancia superlativa en la doctrina jurídica, y optando otros o por una ubicación determinada, aunque en la mayoría de los casos sin demasiada profundidad en el análisis, o por reiterar posturas anteriores de modo automático dando por superadas las cuestiones dogmáticas de fondo, las cuales hemos decidido firmemente, en el presente trabajo, poner en crisis, aunque con el respeto necesario y pertinente ante los grandes doctrinarios.

Tuvimos oportunidad de demostrar también que, a nuestro humildísimo parecer, yerran las tesis mayoritarias, que con sus diferencias consideran a los casos del artículo 86, inciso 2º, del C.P. como causas de justificación, puesto que en realidad los casos analizados no responden a sus reglas.

Luego de ello, tratamos de verificar el lugar correcto de ubicación de estos casos y con la herramienta de la tipicidad bifronte del profesor Zaffaroni, y más

específicamente en la función que él denomina “de tipicidad objetiva sistemática”, creemos que hemos hallado la solución a ese problema.

No debemos olvidar tampoco, como ya lo dijimos, que detrás de los casos conflictivos de aborto, en nuestras latitudes, los agravios y perjuicios para seres humanos que sufren cada vez más son importantísimos, y el estado se encuentra en muchos aspectos ausente. No se nos escapa a la reflexión que los temas planteados en este trabajo, y específicamente en relación al aborto, se han generado profundos debates en todos los niveles y sectores de la sociedad argentina -y mundial-, y quizá es necesario darle una culminación al menos en el aspecto penal del asunto, sin dilaciones; ya que tras las problemáticas conceptuales, morales, políticas, religiosas, jurídicas, y hasta económicas, que surgen inexorablemente de sus tratamientos, hay seres humanos profunda y manifiestamente afectados en su integralidad.

Y ya prescindiendo de cualquier consideración dogmática pura, no aparece como humano, ni como útil, ni como sano, agregar a toda esa problemática el encarcelamiento de mujeres desesperadas, ultrajadas, vulneradas en sus derechos más personalísimos, o de médicos piadosos que tienen al ser humano sufriente, desesperado y fundamentalmente desamparado, frente a sus rostros, al que deben darle una respuesta rápida, con los escasos recursos que tienen a su alcance, y que además sea lo más humanamente posible, científicamente correcta, políticamente adecuada y sobretodo jurídicamente menos riesgosa para ambos.

Aclaremos además que si bien la dogmática penal aparece en algunas oportunidades como colgada en un limbo no real y ahistórico, desde nuestro punto de vista debe partir necesariamente de la realidad que circunda a los hechos analizados, y esto en los casos traídos a colación en este aporte incluye todo lo dicho precedentemente, y más.

No pretendemos términos de absolutéz ni perpetuidad de nuestro aporte, sabemos la humilidad y parcialidad que contiene, simplemente creemos actualmente en su acierto, puesto que agregar penalidad es aumentar poder punitivo, y en nuestros lares esto supone el enjaulamiento de personas en instituciones totales degradantes de todo viso de dignidad humana que un ser pueda tener o aspirar a conseguir.

Alejandro Javier Osio

BIBLIOGRAFÍA:

- Aller Atucha, Luis; Pailles, Jorge "La práctica del aborto en Argentina. Actualización de los estudios realizados. Estimación de la magnitud del problema". Marketing y Promoción Social para la Calidad de Vida. Argentina, 1996.
- Arroyo Zapatero, Luis "La indicación eugenésica", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, N° 11, España, 1986.
- Azerrad, Marcos Edgardo "Aborto. Despenalización o no un debate

necesario". Ediciones jurídicas Cuyo. Mendoza 2008, pág. 139.

- Bacigalupo, E. "Principios constitucionales del derecho penal" Ed. Hammurabi, Bs.As. 1999.
- Bacigalupo, Enrique "Derecho Penal. Parte General". Editorial Hammurabi. Bs. As. 1999.
- Baigún, David; Zaffaroni, Eugenio Raúl dirección; Terragni, Marco A. coordinación "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial" Tomo 3. 2° edición. Arts. 79/96 Parte Especial. Marcela De Langhe supervisión. Editorial Hammurabi. Bs. As. 2010.
- Baigún, David; Zaffaroni, Eugenio Raúl dirección; Terragni, Marco A. coordinación "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial" Tomo 3. Arts. 79/96 Parte Especial. Marcela De Langhe supervisión. Editorial Hammurabi. 1ra. edición. Bs. As. 2007.
- Binder, Alberto M. "Introducción al Derecho Penal". Editorial Ad-Hoc. 1ª ed. Bs.As. 2004.
- Brocca, Marcelo J. M.. Ponencia titulada "Interpretación restrictiva, extensiva y aplicación analógica", UBA. Bs.As. 2007. publicada en el link: http://www.pensamientopenal.com.ar/cdcongreso/ponen15.pdf
- Bueres, Alberto J, dirección; Elena I. Highton, coordinación: "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", 1ª ed. 2ª reimp. Editorial Hammurabi, Bs. As. 2005.
- Creus, Carlos "Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 1" 6ª edición actualizada y ampliada, 2ª reimpresión. Editorial ASTREA, Bs. As. 1999.
- CSJN, fallos: A. 2186. XLI. RECURSO DE HECHO "Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1° párrafo ley 23.737 (causa N° 28/05)".
- CSJN, fallos: D. 1608. XLI. RECURSO DE HECHO "Delfino, Martín Fernando y otros s/ lesiones graves en agresión (causa Nº 57.038/04).
- CSJN: Fallos A. 891. XLIV. RECURSO DE HECHO "Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080".
- Daien, Samuel "Carácter eugenésico del art. 86, inc. 2º del Código Penal, editorial Jurídica Argentina, Bs. As. 1944".

- Dayenoff, David Elvio "Código Penal. Concordancias. Comentarios. Jurisprudencia. Esquemas de defensa". 5ª edición reformada y actualizada. Bs.As., 1996.

- De la Canal, Victorio Martín "La atipicidad del aborto en las primeras siete semanas", publicado en http://www.pensamientopenal.com.ar/19042007/canal .pdf.

- Diario de Sesiones del Congreso Nacional, Cámara de Senadores, septiembre 1º de 1921, 38ª reuní. cont. de la 25ª sesión ordinaria.

- Diario de Sesiones del Congreso Nacional, Cámara de Senadores, septiembre 23 de 1920, 43ª reunión, 31ª sesión ordinaria.

- Diario de Sesiones del Congreso Nacional. Cámara de Senadores, año 1921, Buenos Aires 1922.

- Diario "El Diario" de La Pampa, edición virtual del día 07/04/2010, noticia publicada en el link http://www.eldiariolp.com.ar/index.php?option=com_content &task=view&id=52332&Itemid=30

- Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición, publicado en la página web oficial de esa entidad, en link: http://buscon.rae.es/draeI /SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA

- Donna, Edgardo A. "Delitos contra la integridad sexual". Editorial Rubinzal Culzoni. Bs. As. 2000.

- Donna, Edgardo A. "Teoría del delito y de la Pena. II. Imputación delictiva". Editorial ASTREA. Bs.As. 1995.

- Donna, Edgardo Alberto "Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I". Rubinzal Culzoni Editores, 3ª edición actualizada. Bs.As. 2007.

- Donna, Edgardo Alberto "Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I". Rubinzal Culzoni Editores, 3ª edición actualizada. Bs.As. 2007.

- Donna, Edgardo Alberto "Teoría del Delito y de la Pena. Tomo 2. Imputación delictiva". Editorial ASTREA. Bs.As. 1995.

- Espinosa Torres, María del Pilar trabajo publicado en http://letrasjuridicas.com/Volumenes/7/espinosa7.pdf

- Estrella, Oscar Alberto; Godoy Lemos, Roberto "Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular. Análisis doctrinario. Jurisprudencia seleccionada" Editorial Hammurabi, Bs. As. 1995.
- "EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL ARGENTINO (Resumen de Nuñez)", trabajo publicado en: http://www.consulex.com.ar/Documentos/Ano2 /Trabajo%20de%20evolucion%20del%20derecho%20penal%20-%20N%20unez.pdf.
- Ferrajoli Luigi "Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal" 3ª edición. Editorial Trota. Madrid 1998.
- Finzi, Marcelo "El llamado aborto eugenésico (art. 86, inc. 2º, Cód. Penal). El consentimiento del representante legal", revista Jurisprudencia Argentina, Tomo IV 1946.
- Fontán Balestra, Carlos "Derecho Penal Parte Especial". Actualizado por Guillermo A. C. Ledesma. Decimosexta edición actualizada. Reimpresión. Editorial Lexis Nexis Abeledo Perrot. Bs. As. 2002.
- Fontán Balestra, Carlos "Derecho Penal. Parte Especial" Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, decimoséptima edición. Editorial Abeledo Perrot. Bs. As. 2008
- Fontán Balestra, Carlos "Manual de Derecho Penal", editorial Desalma, Bs. As. 1951.
- Ghione, Ernesto Víctor "El llamado "aborto sentimental" y el Código Penal Argentino". Revista Jurídica Argentina La Ley Tomo 104, Bs.As. 1961.
- Gil Domínguez, Andrés "Aborto Voluntario, Vida Humana y Constitución". EDIAR. Bs. As. 2000.
- Gil Domínguez, Andrés "Aborto voluntario: la constitucionalización de la pobreza", LA LEY 1998-F, 552.
- Gil Domínguez, Andrés "La Constitución Nacional y el aborto voluntario". LA LEY-Buenos Aires. Año 5, número 5, junio de 1998.
- Gil Domínguez, Andrés; Famá, María V,; Herrera, Marisa "Derecho constitucional de familia". Editorial Ediar, Bs. As. 2006.
- Giménez, Oscar Marcelo "Despenalización del aborto: Entre la Religión y el Estado". Editorial Lerner. Córdoba, 2006.

- Gómez, Eusebio “Tratado de Derecho Penal” editorial Compañía Argentina de Editores, Bs. As. 1939.

- González Roura, Octavio “Derecho Penal” Tomo III, editorial Abeledo, Bs. As. 2ª edición, 1925.

- Gullco, Hernán ¿Es inconstitucional el Art. 86, inc. 2, del Código Penal? Revista Doctrina Penal. Editorial Depalma. Bs. As. 1988. Sección Jurisprudencia (Notas a fallos), págs. 497 a 501.

- Irigoyen Testa, Luciana “Aborto y vida humana en formación a partir de dos visiones jurisprudenciales en el Departamento Judicial de Necochea”, publicado en http://www.pensamientopenal.com.ar/doctri01.php.

- Jiménez de Asúa, Luis “El aborto y su impunidad”. revista La Ley, Tomo 26, y “Libertad de amar y Derecho a Morir”, editorial Historia Nueva, 3ª edición, Madrid 1929.

- Jiménez de Asúa, Luis “Tratado de Derecho Penal. Tomo VI. La culpabilidad y su exclusión”. Editorial Losada S.A.. Bs. As. 1962.

- Kaufmann, Arthur “Filosofía del Derecho”, capítulo decimoquinto, Universidad Externado de Colombia. Colombia 1999.

- Laje Anaya, Justo “El homicidio y el aborto en la Doctrina Judicial Argentina”. Ediciones Alveroni. Córdoba 2003.

- Laje Anaya, Justo; Gavier, Enrique Alberto “Notas al Código Penal Argentino. Tomo II. Parte Especial”. Marcos Lerner Editora Córdoba. Córdoba agosto de 1995.

- Laurenzo Copello, Patricia “El Aborto No Punible” Bosch-S.P.C.U.M.. España, 1990.

- Lopez Gaston, Rodrigo D. *“*Aborto, Moral y Derecho*”,* publicado en http://www.pensamientopenal.com.ar/50lopez.pdf.

- López Lastra, Julio E. “Interpretación “sistemática” del art. 56 inc. 2º del Código Penal. (¿Deben continuar los debates doctrinarios por el “aborto sentimental” y los métodos superados por la “Teoría de la Interpretación”?)”. Revista Jurídica Argentina La Ley, Tomo 107. Bs. As. Julio-Setiembre 1962.

- Molinario, Alfredo J “Los Delitos”. Actualizado por Eduardo Aguirre

Obarrio. Editorial TEA. Bs.As. 1996, Tomo I.

- Molinario, Alfredo J. “Derecho Penal 2º curso. Compilación de Antonio Toscano” La Plata, 1943.
- Moreno, Rodolfo (h) “El Código Penal y sus antecedentes”. Editorial H. A. Tomassi. Bs. As. 1923.
- Niño, Luis Fernando “El bien jurídico como referencia garantista”. Editores del Puerto S.R.L. Bs.As. 2008.
- Nuñez, Ricardo “Derecho penal Argentino” Tomos I y III, editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As. 1959.
- Nuñez, Ricardo C. “Derecho Penal Argentino, Parte Especial, Tomo III”. Ed. Bibliográfico Ameba, Bs. As. 1965
- Nuñez, Ricardo C. “Tratado de Derecho Penal. Parte General.” Tomo I. Editorial Marcos Lerner. Córdoba, 2ª reimpresión, agosto de 1987.
- Oderigo, Mario A. “Código Penal Anotado”, editorial Depalma, 3ª edición, Bs. As. 1957.
- Osio, Alejandro Javier “La simple tenencia de armas de fuego. Su inconstitucionalidad múltiple”. Trabajo para la materia Aspectos Especiales de la Teoría del Delito, en la Maestría en Ciencias Penales de la U.N.L.Pam.. Ponencia par el congreso nacional de Derecho Penal, organizado por la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal. Santa Fe 24 y 25 de junio de 2010.
- Peco, José “El aborto en el Código Penal”, notas de las conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de Buenos Aires durante el curso de 1926, Revista Penal Argentina, Imprenta de la Universidad, Bs. As. 1926, Tomo VI.
- Ramos, Juan P. “Curso de Derecho Penal”, editorial Biblioteca Jurídica Argentina, 2ª edición, Bs.As. 1943.
- Reviriego Picón, Fernando “Otro estudio más del Aborto. La Indicación Eugenésica y su Fundamentación” Dykinson. España, 1998.
- Rivacoba y Rivacoba, Manuel “Las causas de justificación” Editorial Hammurabi. Bs.As. septiembre de 1995.
- Rusconi, Maximiliano “Derecho Penal. Parte General”. 1ª edición. Editorial Ad-Hoc, Bs.As. 2007.

- Rusconi, Maximiliano A. “El funcionamiento de las causas de justificación”. Editorial Ad-Hoc. Bs. As. 2008.
- Sancinetti, Marcelo A. “Teoría del delito y disvalor de acción” 1ra. Edición. 2da. Reimpresión. Editorial Hammurabi. Bs.As. 2004.
- Soler, Sebastián “Derecho Penal Argentino. Tomo I”. Actualizado por Guillermo J. Fierro. Editorial TEA. Bs.As. 1996.
- Soler, Sebastián “Derecho Penal Argentino” Actualizador Manuel A. Bayaza Basombrio. Editorial TEA. Bs. As. 1992.
- Strubbia, Mario S. “Aspectos constitucionales del aborto”. Nova Tesis Editorial Jurídica. Rosario, 2006.
- Terán Lomas, Roberto A. M. “El aborto de la mujer víctima de violación”. Revista Jurisprudencia Argentina. Serie Contemporánea. Tomo 29. Año 1975.
- Vazquez Iruzubieta, Carlos “Código Penal comentado. Tomo II. Arts. 79 a 133”. Editorial Plus Ultra, Bs. As. 1970.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl “Circunvención o abuso de menores e incapaces”. Editorial Ediar. Bs. As. 1996.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl “Estructura básica del derecho penal” Editorial EDIAR, Bs. As. 2009, y DVD explicativo que el autor ha anexado al texto escrito.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl “Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo III. Editorial EDIAR. Bs.As. 1981.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro “Manual de Derecho Penal. Parte General”. 2ª edición, 2ª reimpresión. Editorial EDIAR. Bs. As. 2008.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro “Derecho Penal. Parte General” Editorial EDIAR. Bs. As. 2002.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro “Manual de Derecho Penal. Parte General”. 2ª edición, 2ª reimpresión. Editorial EDIAR. Bs.As. 2008.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl “En busca de las penas perdidas.

Deslegitimación y dogmática jurídico-penal" Segunda edición. Editorial TEMIS. Bogotá, Colombia, 1990

ÍNDICE

Introducción ……..2
CAPÍTULO 1. HISTORIA DEL ARTÍCULO 86 INCISO 2° DEL CÓDIGO PENAL……..4
Historia, Genealogía y redacción final del inciso……..4
Proyecto del doctor Tejedor (1866-1868)……4

Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García (1881) y el Código de 1886……..5

Reforma de 1890, Proyecto de 1891 y Ley 4189……..5

Proyecto de Reforma de 1906……...6

El Código de 1921……7

El artículo 86 en la Cámara de Diputados……7

El artículo 86 en el Senado……7

¿De qué fuente tomó el legislador este inciso?.....11

¿Cuál fue la comisión del Senado que introdujo este texto legal,

la primera o la segunda?.....15

¿Por qué motivos se incluyó ese inciso 2º al artículo 86 del Código Penal?.....18

CAPÍTULO 2. DISCUSIÓN DOCTRINARIA……...21

Cuántos supuestos prevé el inciso 2º del artículo 86 del Código Penal.

¿uno, dos o más? Discusión doctrinaria y reformas legales……....21

Primera etapa: desde la sanción del Código Penal en 1921

hasta la reforma Soler en 1968……21

Tesis restringida.

Primer argumento, la coma……..……22

Segundo argumento, la eugenesia como motivo en el Senado……22

Tercer argumento, limitación expresa del inciso a mujer idiota o demente……23

Cuarto argumento, la taxatividad de la última frase del inciso……...23

Quinto argumento, la especificidad de los términos utilizados……...23

Sexto argumento, la exclusión del estupro……..24

Séptimo argumento, la característica singular del término en la frase final……24

Octavo argumento, sinonimia entre “atentado al pudor” y “abuso deshonesto”.……25

Noveno argumento, el sentido de la expresión “en este caso”……25

Décimo argumento, el espíritu legislativo……...25

Tesis Amplia.

Respuesta a los 10 argumentos anteriores……...26

Respuesta al primer argumento……...26

Respuesta al segundo argumento……26

Respuesta al tercer argumento…….....27

Respuesta al cuarto argumento……27

Respuesta al quinto argumento……28

Respuesta al sexto argumento……..28

Respuesta al séptimo argumento…….28

Respuesta al octavo argumento……...28

Respuesta al noveno argumento……..29

Respuesta al décimo argumento……..29

La "interpretación verdadera del art. 86, inciso 2º" según Julio E. López Lastra……...30

El protagonismo de Sebastián Soler en esta primera etapa…….32

Segunda etapa: desde la derogación de la reforma Soler en 1984

hasta la actualidad……33

Lo dicho por Sebastián Soler……...34

La postura de Ricardo C. Nuñez…….34

La posición de Alfredo J. Molinario……35

Lo dicho por Carlos Creus……...36

La postura de David Elbio Dayenoff……...37

La posición de Carlos Fontán Balestra……38

Lo sostenido por Lucila Larrandart…….39

La postura de Edgardo Alberto Donna……39

La postura de Andrés Gil Domínguez…….40

La conclusión de Marcos Edgardo Azerrad……40

Las aseveraciones de Mario Santiago Strubbia……...41

CAPÍTULO 3. INTERPRETACIÓN DESDE UNA LÓGICA

ACOTANTE DEL PODER PUNITIVO……43

Constitucionalidad del artículo 86, inciso 2° del C.P……..43

La interpretación desde una lógica acotante del poder punitivo…….46

Los términos utilizados en el artículo en cuestión y su sistematicidad……...62

Aborto……..64

"Médico diplomado"……...70

"Consentimiento"……73

"No es punible"……...75

"Embarazo"…….78

"Violación"……..79

"Atentado al pudor"……80

"Mujer idiota o demente"……81

"Representante legal"……..85

"Requerido"……88

CAPÍTULO 4. POSICIONES DOCTRINARIAS……90

Ubicación dogmática de las conductas abortivas no punibles.

Historia y actualidad……90

Rodolfo Moreno (h)…….90

Luis Jiménez de Asúa……..91

Roberto A. M. Terán Lomas……....92

Ricardo C. Nuñez……93

Alfredo J. Molinario y Eduardo Aguirre Obarrio……93

Carlos Creus……93

Carlos Fontán Balestra……94

Justo Laje Anaya……94

Edgardo Alberto Donna……..95

Lucila Larrandart……96

Eugenio Raúl Zaffaroni……...96

Enrique Bacigalupo……97

Arthur Kaufmann……97

Conclusiones……98

Las causas de justificación. Estos casos no responden a sus reglas……..100

CAPÍTULO 5. UBICACIÓN DOGMÁTICA DE LOS SUPUESTOS

DENTRO DEL ÁMBITO DE LA TIPICIDAD……112

Ubicación correcta dentro de la estructura dogmático-penal.

Necesidad de ley penal……..112

Nivel de la tipicidad……...114

Dentro de la estructura típica: tipicidad objetiva sistemática……119

CAPÍTULO 6. BENEFICIOS DE NUESTRA POSTURA……134

Beneficios de considerar atípicos estos casos……134

En el ámbito de la dogmática penal……...134

En materia de responsabilidad……...135

En el campo procesal……136

En el ámbito sanitario……138

CAPÍTULO 7. JURISPRUDENCIA……140

Consideraciones formuladas por Tribunales de nuestro país ……...140

CAPÍTULO 8. CONCLUSIONES……...155

Consideraciones finales…….155

BIBLIOGRAFÍA……..158