

ANÁLISIS ESQUEMÁTICO DE LAS FIGURAS DELICTIVAS CONTRA LA VIDA EN EL C.P. ARGENTINO

Gustavo A. Arocena¹

I. Aclaración preliminar

Las limitaciones inherentes a un texto como el que ahora comienzo impiden que examine en detalle la totalidad de las figuras delictivas comprendidas en el Capítulo I del Título I, Libro Segundo, C.P.

Por eso, estructuraré mi exposición a partir de la siguiente decisión metodológica.

Habré de analizar preponderantemente las **principales figuras penales** incluidas en dicho apartado del digesto criminal.

Pero habré de hacerlo, incluso, **en forma esquemática**, es decir, presentando las características definitorias centrales de cada uno de tales delitos, sin detenerme en sus matices particulares.

Me ocuparé, pues, y en este orden, del homicidio, de la instigación o ayuda al suicidio y del aborto.

II. Las figuras de homicidio

1. Según lo que se ha desarrollado en la primera parte de esta comunicación, los delitos contra la vida humana independiente cuya acción típica consiste en matar a otro (homicidios) pueden clasificarse con arreglo al criterio de la tipicidad subjetiva.

Conforme esta pauta, los homicidios pueden asumir las siguientes modalidades:

1.1. Homicidios dolosos (arts. 79 a 82, C.P., con excepción de la figura del art. 81.1. b. C.P.).

¹ Profesor de derecho penal de la U.N.C. – U. Blas Pascal (Córdoba)

1.2. Homicidio preterintencional (art. 81.1. b C.P.), que, como puntualicé ya, constituye una figura dolosa de lesión cualificada por un resultado mortal causado imprudentemente por el autor.

1.3. Homicidio imprudente (art. 84 C.P.).

Veamos rápidamente estas infracciones.

2. El Código Penal prevé un tipo penal básico de homicidio doloso y derivaciones típicas de éste.

3. Como es sabido, la figura básica de homicidio doloso, el homicidio simple, se encuentra tipificado en el artículo 79 C.P. En esta disposición legal, se reprocha *al que matare a otro*.

3.1. En el tipo objetivo encontramos que la conducta típica es la de *matar*, o sea, causar la muerte de otro hombre, quitarle la vida.

Es un delito de acción, siendo posible la comisión por omisión, siempre que el sujeto activo tenga una posición de garante frente a la muerte del sujeto pasivo fundada en un deber legal o contractual, o en la creación de un riesgo para la vida mediante una acción u omisión precedente, que son las fuentes de la posición de garante, es decir, del deber de evitar el resultado (MUÑOZ CONDE 1996:31).

El medio homicida puede ser material, esto es, una conducta que, por vía de hechos activos, por contacto directo o no con su cuerpo, actúa físicamente sobre éste o la salud del sujeto pasivo (NÚÑEZ 1961 III: 25 y 26), o consistir en una conducta a través de la cual se ejerce sobre el sujeto pasivo una acción psíquica (SOLER 1956 III: 19), lo que en el ámbito de la doctrina jurídica suele ser denominado "medio moral".

Se trata, desde luego, de un delito de resultado, y tal resultado es la muerte efectiva de otra persona.

Entre la acción homicida y el resultado mortal debe mediar una relación de causalidad.

Podrá afirmarse la existencia de dicha relación causal cuando, una vez resueltos los problemas de causalidad conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones o cualquier otra que permita establecer una conexión físico-natural entre la acción y el resultado (MUÑOZ CONDE 1996:31), se haya identificado entre todas las causas del resultado aquella que suponga la crea-

ción o la elevación de un riesgo por encima de lo tolerado, que se realiza en un resultado abarcado por el ámbito de protección del tipo. Dicho de otra manera: una vez acreditada la existencia de la relación causal natural entre la acción y el resultado, deberá desentrañarse si la acción típica desplegada por el agente ha creado o aumentado —respecto del bien jurídico tutelado— un riesgo mayor que el autorizado por la ley, y este último se ha realizado en el resultado (BUJÁN — DE LANGHE 2004 1:114).

3.2. El tipo subjetivo de la figura básica de homicidio es el doloso. El dolo, aquí, exige el conocimiento y la voluntad del autor de realizar las circunstancias del tipo objetivo, es decir, que el agente sepa que mata a otra persona y que quiera hacerlo.

Es suficiente el dolo eventual.

Resulta irrelevante el *error in persona*, ya que si el sujeto activo, creyendo por error que mata a determinada persona, por equivocación mata a otra, será igualmente castigado como autor de homicidio simple.

Ahora bien, en el caso de la *aberratio ictus* o error en el golpe, la situación es diferente. Si el autor dispara contra una víctima cierta, pero por su mala puntería, alcanza a una distinta, deberá responder a título de tentativa de homicidio doloso en concurso con homicidio o lesiones imprudentes.

3.3. Sujetos del delito, activo y pasivo, pueden serlo cualquier persona, con las limitaciones que surgen del concurso de leyes. Así, si a quien se mata es al cónyuge, sabiendo que lo es, o a un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición, las disposiciones legales aplicables serán, respectivamente, las de los artículos 80.1 C.P. y 80.8 C.P.

3.4. El sujeto pasivo, que es un ser humano distinto del autor del delito, que ya se ha independizado del claustro materno y que posee un organismo con capacidad de continuar funcionando de cualquier forma y en cualquier grado, es, a la vez, **objeto material** sobre el que recae directamente la acción.

A éste se añade el **objeto jurídico**, o sea, el bien objeto de la protección legal, que es la vida humana independiente, desde el nacimiento hasta la muerte. Se tutela el **derecho o interés que las personas tienen a que se respete su existencia material** (NÚÑEZ 1961 III: 21), y se lo hace entendiendo a la vida como la actividad o complejo orgánico del ser humano, por precaria que sea, y no la actividad autónoma de un órgano o de un conjunto de órganos separados del organismo que constituye el ser (CREUS — BUOMPADRE 2007 1:6).

3.5. El tipo legal carece de circunstancias de tiempo, lugar, modo, medios o, incluso, de otra índole que, a manera de especiales modalidades de la acción, completen la descripción típica y configuren una **particular situación típica**.

3.6. El delito se **consume** con la producción del resultado mortal, resultado este que, en cuanto a la afectación del objeto material del delito, es indudablemente irreversible.

Es admisible la **tentativa**, tanto acabada, como inacabada. El tipo de la tentativa de homicidio comienza con los primeros actos de ejecución de la muerte y por tanto constitutivos de un peligro concreto para la vida (CARBONELL MATEU – GONZÁLEZ CUSSAC 1999:57).

Para delimitar entre la tentativa de homicidio y las lesiones consumadas debe estarse al aspecto subjetivo del hecho, es decir, a la parte subjetiva del comportamiento que se endilga al agente. Así, habrá una tentativa de homicidio cuando exista en el autor la intención o el dolo (aunque sea eventual) de causar la muerte del sujeto pasivo, y unas lesiones consumadas, cuando el dolo de matar –directo de primer grado, directo de segundo grado o, aun, eventual– se encuentre ausente.

3.7. La figura penal del artículo 79 C.P. está sometida a un **régimen de especialidad expresa**, pues, como lo indica el mismo precepto legal, éste se aplicará *siempre que en dicho Código no se estableciere otra pena*. No obstante que, a simple vista, podría entenderse que se trata de una regla de subsidiariedad expresa, no es tal cosa, porque no condiciona la propia aplicación de la disposición legal a que el hecho por ella prevista no constituya un delito *más grave*. La frase no tiene más alcance que el de destacar el carácter de figura genérica que tiene el tipo legal del artículo 79 C.P. en relación con todas las otras formas de “matar a otro” que el ordenamiento jurídico reprime. De allí que acierte SOLER cuando asevera que el agregado de dicha expresión en la norma era innecesario, ya que la relación de especialidad tácitamente está en todas las figuras genéricas de la Parte Especial (SOLER 1956 III: 22).

4. Los **tipos penales derivados** de la forma básica del homicidio se encuentran previstos en los artículos 80 y 81.1. a C.P., y están contruidos a partir del procedimiento de adicionar al delito base **diferentes elementos que agravan o atenúan el reproche penal**. Son modalidades especiales de la acción homicida, que deben ser abarcadas por el dolo del agente, y que dan lugar a las particulares situaciones típicas contempladas en dichas normas.

4.1. Hemos visto que las **formas agravadas del homicidio doloso** tipificadas en el artículo 80 C.P., pueden ser clasificadas atendiendo el fundamento del mayor contenido de injusto –y, con ello, del mayor reproche– que el legislador atribuye al hecho.

No es necesaria mayor reflexión para advertir que tal fundamento de la más severa punición del hecho se apoya en estas circunstancias que se agregan al tipo objetivo de la figura básica, condicionando la situación típica.

El carácter esquemático de esta exposición, y lo antes desarrollado respecto del delito básico del artículo 79 C.P., impiden que examine ahora algo distinto de estas circunstancias específicas.

Quedó anotado ya que el delito de homicidio se agrava por el **vínculo existente entre autor y víctima, el modo de cometer el homicidio, el motivo que impulsa la conducta homicida, el medio empleado para realizar el delito, la pluralidad de agentes que intervienen en el hecho y la condición funcional de los sujetos.**

Analicemos las diferentes hipótesis.

4.1.1. En lo tocante al **agravamiento del homicidio por el vínculo** existente entre autor y víctima, el **artículo 80.1 C.P.** consagra la punición calificada para el que matare a *su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son.*

El sujeto activo, entonces, debe estar ligado con el ofendido por un vínculo de parentesco por consanguinidad ascendente o descendente (arts. 352 C.C.) cuyo alcance o calidad resulta irrelevante a los fines del tipo agravado, o por un vínculo matrimonial (art. 159 y ss. C.C.).

A la vez, por virtud de un elemento subjetivo cognitivo distinto del dolo, es forzoso, para la aplicación de la figura especial, que el sujeto activo mate a la víctima, *sabiendo* que es un ascendiente, un descendiente o el cónyuge.

El fundamento del tipo legal cualificado reside en la violación de los deberes derivados del vínculo parental que media entre el autor y la víctima, o en el menosprecio del respeto que se deben mutuamente los esposos (NÚÑEZ 1961 III: 30 y 31).

4.1.2. El modo de perpetrar el homicidio agrava el delito cuando la muerte es causada con ensañamiento (art. 80.2 C.P.), con alevosía (art. 80.2 C.P.) o con procedimientos insidiosos (art. 80.2 C.P.).

4.1.2.1. Mata con ensañamiento quien, como expresa la legislación española (art. 139.3 C.P.), lo hace aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. El concepto equivale, pues, a matar con el deliberado propósito de hacerle padecer a la víctima padecimientos físicos o psíquicos innecesarios para la ejecución del hecho.

Este modo de matar es reprochado más severamente por el *plus* de gravedad objetiva del hecho —ya que mediante una ejecución especialmente cruel, además de la negación del derecho a la vida, se está atentando de forma cualificada contra la dignidad o integridad moral de la víctima—, y por la especial desvalorización que merece la actitud interna del sujeto, su perversidad o sadismo al incrementar el dolor de la víctima (FELIP I SABORIT 2006:36 y 37).

4.1.2.2. La alevosía consiste en la conducta de quien obra a traición y sobre seguro. El concepto se compone de un requisito objetivo y de uno subjetivo. Desde el punto de vista objetivo, la alevosía requiere que la víctima se encuentre en una situación de indefensión, pudiendo tal indefensión derivar de la falta de percepción del ataque por parte del ofendido o de terceros, o de la propia condición en que el sujeto pasivo se encuentra. En lo subjetivo, es necesario que el sujeto activo busque o, aun, conozca la situación de indefensión de la víctima y la aproveche o quiera aprovecharla.

El fundamento del agravamiento del castigo radica en la mayor peligrosidad objetiva de los ataques a la vida que surge de la menor posibilidad de defensa de la víctima.

4.1.2.3. El Código Penal reprocha a título calificado a quien matare a otro con veneno u otro procedimiento insidioso (art. 80.2 C.P.), con lo que queda claro que el veneno es un procedimiento insidioso o, mejor dicho, que lo relevante a los efectos de la figura agravada es el empleo insidioso de dicha sustancia.

Veneno es toda sustancia animal, vegetal o mineral, de carácter sólido, líquido o gaseoso, que introducida en el cuerpo humano por cualquier vía mata en virtud de las transformaciones químicas que produce.

La administración insidiosa del veneno, que es —como acabo de anotar— lo dirimente para la aplicación del tipo calificado, equivale a la administración del mismo de manera oculta.

El procedimiento insidioso al que alude tipo legal, como giro lingüístico de mayor amplitud, comprende todo aquel que, sin constituir administración de veneno, implica un engaño o artificio que impide a la víctima conocer la naturaleza dañosa del medio empleado.

La muerte de otro así causada es más tachable en razón del carácter traicionero de la acción homicida insidiosa, que impide las defensas de la víctima y, con ello, torna objetivamente más peligrosa la ofensa a la vida de ésta.

4.1.3. El motivo que impulsa la conducta del sujeto activo da lugar a los tipos cualificados del homicidio por precio o promesa remuneratoria (art. 80.3 C.P.); del homicidio por placer, codicia u odio racial o religioso (art. 80.4 C.P.) y del homicidio *criminis causa* (art. 80.7 C.P.).

4.1.3.1. El homicidio por precio o promesa remuneratoria es el homicidio cometido por mandato. Por ello, presupone un pacto explícito y determinado entre una persona que manda matar y ofrece una suma de dinero o cualquier bien que constituya una recompensa apreciable en dinero, y otra que ejecuta la muerte de un tercero en virtud de dicho pacto de contenido económico.

Desde un punto de vista objetivo, el fundamento de esta circunstancia descansa en la especial peligrosidad que comporta la profesionalidad del autor o su falta de relación con la víctima, que pueden asegurar la impunidad. Como expresa NÚÑEZ, todas las personas están menos seguras frente a un sujeto que, sin odio, pasión o motivo conocido o sospechable por la víctima, se decide a matarla sólo en razón de una ganancia pactada con un tercero (NÚÑEZ 1961 III: 48 y 49). Este fundamento objetivo del tipo cualificado determina la *bi-lateralidad* de la figura, esto es, que tanto el mandante como el mandatario incurran en el crimen. Ahora bien, según un punto de observación subjetivo, la agravación se funda en el carácter especialmente reprobable del lucro como móvil de la determinación homicida del agente.

4.1.3.2. Mata a un tercero por placer quien le quita la vida movido por la finalidad de satisfacer el deseo de sentir el goce que le produce el solo hecho de matar u otros hechos que involucran la muerte de una persona; lo hace por codicia, quien mata inspirado en el afán de satisfacer un apetito desordenado de riqueza; y, finalmente, lo lleva a cabo por odio racial o religioso, quien provoca la muerte de otro determinado por su aversión hacia una determinada raza o credo religioso, o por su adhesión a ellos.

Sin lugar a dudas, el fundamento de la pena agravada es, en los tres supuestos, lo particularmente reprobable de la perversa razón determinante del brazo del homicida. En el caso del homicidio por odio racial o religioso, cabe agregar, como elemento que justifica el reproche más severo, el gran peligro social de esta clase de hechos (CREUS – BUOMPADRE 2007 1:30). Es que, conforme lo anota NÚÑEZ, el odio racial o religioso constituye un motivo de determinación delictiva "...que ha derramado mucha sangre en la historia universal y que acusa un espíritu tan repudiable como peligroso, no sólo para cada individuo en particular, sino para la razonabilidad de la vida social, porque además de inhumanidad acusa extrema insociabilidad" (NÚÑEZ 1961 III: 67, con negrita agregada).

4.1.3.3. En el denominado "**homicidio *criminis causa***", el sujeto activo mata a la víctima para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.

Por imperio de la existencia de particulares elementos subjetivos distintos del dolo, el tipo legal se configura como un delito mutilado de varios actos, un delito de resultado "recortado" o un delito con un elemento del ánimo que consiste en una especial motivación del autor.

Se trata de un delito mutilado de varios actos en la hipótesis del sujeto que mata *para preparar, facilitar o consumir otro delito*, pues el precepto legal prevé la comisión de otro delito, con posterioridad a la ejecución del homicidio, pero se contenta con este último, a los fines de la consumación *formal* del hecho típico (SANCINETTI 1991:323).

Es un delito de resultado "recortado", en cambio, el homicidio perpetrado *para ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o para procurar la impunidad para sí o para otro*: aquí el advenimiento de la consecuencia pretendida por el autor no está incluida en el tipo, sino que basta con la intención del agente dirigida a la producción de la misma, es decir, es suficiente, a los fines de la figura agravada, que la intención del autor al ejecutar el homicidio se dirija a lograr resultados que, como el ocultamiento de otro delito, el aseguramiento de sus resultados o la consecución de la impunidad, dependen de la voluntad de un tercero o de una situación fáctica independiente de aquél.

Por último, la figura del 80.7 C.P. constituye un tipo penal con un elemento del ánimo consistente en una especial motivación del autor, en el supuesto de quien mata a otro *por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito*. El legislador, aquí, toma en cuenta los motivos que mueven la conducta

homicida, a través de un componente subjetivo distinto del dolo que integra el particular *sentido* del acto y, reparando en éste, agrava el ilícito.

La razón del mayor reproche es de naturaleza subjetiva, pues se atiende a lo singularmente reprobable del móvil de la determinación homicida, materializada en la conexión ideológica final o impulsiva que el autor traza entre el homicidio y otro delito, en función de la cual mata para “remover” el obstáculo que representa la víctima respecto de la perfección de su plan criminal, o lo hace impulsado por el despecho ante el fracaso de su acción delictiva.

4.1.4. El medio empleado para realizar el delito es valorado a los fines de agravar el homicidio en el supuesto de la infracción causada por un medio idóneo para crear un peligro común (art. 80.5 C.P.).

El tipo cualificado requiere que el autor escoja, como instrumento para matar a otro, un medio cuya naturaleza o forma de empleo lo torne idóneo –en abstracto, en forma potencial– para crear un peligro indeterminado para los bienes o las personas en general.

Lo que hace al hecho más reprochable es, justamente, la aptitud del medio empleado para expandir un peligro sobre los bienes de terceras personas o sobre estas mismas.

4.1.5. La pluralidad de agentes que intervienen en el hecho agrava la conducta de quien mata a otro, cuando el sujeto activo actúa con el concurso premeditado de dos o más personas.

Por un lado, la figura presupone que el autor principal mate a otro mediante una acción a la que concurren dos o más personas (lo que da lugar a un mínimo de tres personas: el agente y dos más), sea realizando actos materiales que constituyan o no ejecución de la muerte, sea practicando actos de carácter puramente moral. Por otra parte, la agravante requiere que el concurso entre el autor y dos o más personas sea premeditado, esto es, que responda a una convergencia previa de voluntades, donde la acción de cada uno aparezca, subjetiva y objetivamente, vinculada con la de los otros partícipes, y no por simple reunión ocasional.

La razón de la agravante descansa en las menores posibilidades de defensa de la víctima ante la actividad de varios agentes.

4.1.6. La condición funcional de los sujetos es tenida por el legislador como un elemento relevante para justificar el endurecimiento del castigo del homicidio, en los supuestos del hecho cometido contra un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición (art. 80.8 C.P.), y en los casos de la acción perpetrada por uno de tales sujetos, abusando de su función o cargo (art. 80.9 C.P.).

4.1.6.1. En la figura del artículo 80.8 C.P., lo característico del delito es el sujeto pasivo, pues, como acabo de señalar, se trata de la infracción cometida **contra un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias**, a quien se mata **por su función, cargo o condición**.

Miembro de las fuerzas de seguridad pública es quien forma parte de la Gendarmería Nacional, la Prefectura Naval Argentina o la Policía Aeronáutica.

Miembros de las fuerzas policiales, por su lado, son tanto quienes integran el personal de la Policía Federal Argentina, como quienes forman parte del plantel de las policías provinciales, ora de la Policía de Seguridad, ora de la Policía Judicial.

Por último, miembros de las fuerzas penitenciarias son aquellas personas que integran las instituciones estatales que tienen como misión la guarda y custodia de detenidos, procesados y condenados alojados en establecimientos carcelarios, así como la ejecución de las sanciones penales y contravencionales impuestas.

El agente debe matar al miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, *por* su función, cargo o condición, es decir, debe hacerlo impulsado por dicha cualidad de la víctima.

El fundamento del castigo agravado se apoya en una circunstancia subjetiva que indica una motivación particularmente indeseable y, en cuanto tal, especialmente desvalorada y prohibida (mayor injusto subjetivo).

4.1.6.2. A su vez, el tipo cualificado del artículo 80.9 C.P. reprime al **miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario**, que mata a un tercero **abusando de su función o cargo**.

Se trata de un *delito especial en sentido impropio*, habida cuenta que, pudiendo el delito de homicidio ser cometido por cualquiera, la autoría de las personas cualificadas constituye una causa de agravación de la pena. Los requisitos objetivos de la autoría son, aquí, consecuencia de la existencia de un *deber especial*, cuya lesión no fundamenta la punibilidad del hecho, sino que sólo determina una *agravación* de ésta.

El agente, cuyos caracteres hemos analizado en el apartado precedente, debe matar **abusando de su función o cargo**. El legislador toma en cuenta un determinado modo de realización de la acción, que integra el *sentido* del acto, y que no puede ser descripto sólo como una relación entre dolo y objeto del bien jurídico (SANCINETTI 1991:332). El delito, así, se encuentra configurado en función de un componente subjetivo especial, un **elemento del ánimo**, que repara en la actitud que pone de manifiesto el autor en la realización del acto típico, que determina un especial disvalor ético social de la acción homicida. No basta, pues, la sola existencia, en el sujeto activo, de la función o el cargo de miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario. El matador tiene que haberse *aprovechado* de dicha función o cargo para perpetrar la acción típica. Esta condición, entonces, no concurrirá si el autor cometiera el hecho del mismo modo que podría haberlo realizado si no desempeñara aquellos roles.

La agravación de la punición en este tipo legal dimana de *la infracción de un específico deber extrapenal* —el referido a la violación por parte del autor de las *expectativas* que surgen de su *rol* de miembro de una **agencia estatal** que tiene entre sus cometidos primordiales la protección de la seguridad de las personas que integran la comunidad—, que se suma al ataque contra la vida humana independiente tipificado por la manifestación básica del delito de homicidio. Desde esta perspectiva, la circunstancia de calificación del delito se apoya en un elemento objetivo que aumenta lo injusto penal del hecho porque hace que la conducta extienda su lesividad material más allá de la propia del delito, al añadir la *transgresión del deber derivado de su posición oficial* (**mayor injusto objetivo**).

4.2. Por su lado, la adición de ulteriores elementos al tipo básico del artículo 79 C.P. determina el tipo derivado privilegiado del artículo 81.1. a de dicho digesto, en el que la consecuencia jurídica prevista para el delito base se ve atenuada. Se trata de la figura del **homicidio en estado de emoción violenta**.

Cómo se enfatizó al introducir las figuras agravadas de homicidio, el carácter esquemático de esta intervención imposibilitan que examine exhaustivamente esta figura delictiva. Por eso, trataré las circunstancias específicas del homicidio en estado de emoción violenta, remitiéndome en cuanto a todo lo demás, a lo desarrollado al escudriñar el delito básico del artículo 79 C.P.

4.2.1. El componente especial que se añade al tipo legal de la figura base y, condicionando la situación típica, determina una conducta con menor contenido de injusto es el hecho de que el autor mata a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hacen excusable.

El tipo atenuado exige tres requisitos.

4.2.1.1. En primer lugar, el sujeto activo debe encontrarse en un estado de emoción violenta, o sea, en un **estado de conmoción del ánimo por obra de los sentimientos del individuo** de grado tal que **disminuya o relaje sus frenos inhibitorios**.

4.2.1.2. En segundo término, dicha conmoción violenta del ánimo del autor —no ya el homicidio— **debe estar justificada causal y estimativamente** (NÚÑEZ 1961 III: 85).

Causalmente, la emoción se encuentra legitimada cuando obedece a una causa provocadora surgida de una fuente distinta a su propio genio o su falta de templanza, esto es, cuando ella responde a una **causa extraña al sujeto activo del delito**, sea que provenga de la propia víctima, sea que proceda de personas distintas de ésta. Pero, además, la perturbación del ánimo debe haber sido provocada por una causa idónea para producir esta conmoción, es decir, por una **causa adecuada, no fútil**.

Subjetivamente, la legitimación de la agitación anímica del autor demanda que éste no haya **provocado o facilitado conscientemente la producción de la causa que habrá de conmocionarlo luego**.

Objetivamente, la alteración del ánimo podrá reputarse legitimada siempre que **el ordenamiento jurídico no obligue al autor a soportarla**.

4.2.1.3. En tercera instancia, el tipo privilegiado requiere que el agente mate a otro **encontrándose** en un estado de emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable. De allí que, como explica NÚÑEZ, sea menester que el sujeto activo se encuentre en estado de emoción violenta en el momento de la determinación homicida, que esté en ese mismo estado en la oportunidad de la ejecución delictiva, y que entre la determinación y la ejecución de la infracción no haya solución de continuidad en el estado de alteración del ánimo (NÚÑEZ 1961 III: 96).

4.2.2. El fundamento del menor contenido de injusto del homicidio en estado de emoción violenta radica en que la **criminalidad del autor es menor que en el delito base**, pues aquél no es arrastrado al delito por su propia voluntad,

libre de causas incitadoras, sino por una fuerza impulsora que, aunque reside en su ánimo, encuentra su causa en motivaciones ajenas a su persona.

4.2.3. Cabe formular una digresión para aclarar que este tipo privilegiado, que atenúa el reproche penal tanto respecto de las figuras de homicidio en general (art. 81.1. a C.P.), como del parricidio y del uxoricidio (art. 82 C.P.), se distingue de la figura del **artículo 80, último párrafo, C.P.**, que sólo disminuye la pena de quien mata a su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son.

A tenor de la última disposición legal citada, cuando en el caso del parricidio o del uxoricidio mediaren **circunstancias extraordinarias de atenuación**, el juez podrá aplicar una pena más benigna que la prevista para el delito base.

Se trata de circunstancias diferentes de la emoción violenta que, sin embargo, tienen, al igual que ésta, naturaleza subjetiva. Es que, en el supuesto que contempla este precepto legal, el sujeto activo es impulsado al homicidio del ascendiente, descendiente o cónyuge por un hecho, situación o causa que —conforme las circunstancias preexistentes o concomitantes al delito— posee un excepcional poder determinante del delito.

Los motivos del menor reproche penal son equivalentes a los del homicidio emocional.

5. El homicidio preterintencional (art. 81.1. b C.P.), conforme puntalicé al comenzar esta parte de mi presentación, es un tipo legal que combina un hecho doloso de lesión cualificada por un resultado mortal no querido por el autor, pero producido por su conducta imprudente.

El precepto castiga al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte.

5.1. En el tipo objetivo encontramos que la **conducta típica** es la de *producir la muerte de una persona*, es decir, matar a otro.

Es, pues, un tipo de resultado, y tal resultado es la muerte efectiva de otra persona.

Desde luego que entre la acción homicida y el resultado mortal debe mediar una relación de causalidad, por lo que vale aquí todo lo que he puntualizado precedentemente en relación con el problema causal.

La causación de la muerte debe haber sido producto del empleo de un medio que no debía razonablemente provocar dicho resultado.

Debe tratarse, entonces, de un procedimiento que, desde un punto de vista objetivo, carezca de idoneidad letal, sea que esta aptitud derive de su capacidad vulnerante intrínseca, sea que proceda de particulares circunstancias del caso concreto tales como el modo en que fue utilizado, la persona que lo empleó y la que padeció ese uso.

5.2. El tipo subjetivo del homicidio preterintencional es el que brinda a la figura su característica definitoria central y el que permite, de cierta manera, tener por justificado el carácter autónomo que le asigna mayoritariamente la doctrina jurídica.

La tipicidad subjetiva de la figura es **la del dolo de lesión**, el que, a mi ver, debe ser **directo**. Sin perjuicio de que la disposición legal alude al “propósito” de causar un daño en el cuerpo o en la salud —lo que, desde un punto de vista lingüístico, determina que se trate necesariamente de un dolo de “intención”, de un dolo directo de primer grado—, lo cierto es que la doctrina jurídica admite tanto el dolo directo como el dolo eventual de lesionar (por todos, ESTRELLA — GODOY LEMOS, 2007 1:120).

Para la aplicación del artículo 81.1. b C.P., la muerte **en modo alguno puede estar comprendida en el dolo del agente**, no sólo en su intención, sino tampoco en una representación suya como un resultado posible al que el autor menosprecia. Si esta última hipótesis se verificara, la consecuencia mortal se imputará al sujeto activo a título de dolo eventual.

Por cierto que, aunque la muerte debe presentarse al autor como una consecuencia no prevista por él, **debe ser un resultado previsible**, pues, de no serlo, el reproche que se dirigiera al agente importaría responsabilizarlo penalmente por un caso fortuito, lo que contraría inadmisiblemente el principio de culpabilidad.

La consecuencia mortal, así, **deviene como consecuencia de un obrar imprudente del sujeto activo**, quien provoca tal resultado por su infracción a una norma general de cuidado.

5.3. Los sujetos activo y pasivo del delito, al igual que en el tipo básico de homicidio (art. 79 C.P.), pueden ser cualquier persona, con las limitaciones que surgen del concurso de leyes.

5.4. El objeto material sobre el que recae directamente la acción es el propio sujeto pasivo, o sea, el ser humano con funcionamiento vital autónomo.

El **objeto jurídico**, en cambio, es la vida humana independiente, desde el nacimiento hasta la muerte.

5.5. El delito se consuma con la causación de la muerte.

6. El homicidio imprudente se encuentra tipificado en el artículo 84 C.P., que prevé el **tipo penal básico de homicidio imprudente y dos derivaciones típicas** del mismo.

6.1. La figura básica de homicidio imprudente está instituida por el primer párrafo del artículo citado, que castiga al que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, causare a otro la muerte.

6.2. El tipo objetivo de la figura muestra la **conducta típica de causar a otro la muerte**, lo que equivale a matarlo, quitarle la vida.

Es una descripción típica de resultado, y este resultado es la muerte efectiva de otra persona.

Al igual que en el homicidio doloso y el homicidio preterintencional, entre la acción –en este caso, imprudente– y el resultado mortal debe mediar una relación de causalidad, por lo que remito a lo ya desarrollado en orden a la cuestión causal.

6.3. El tipo subjetivo de esta infracción exige que el sujeto activo cause a otro la muerte por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, todo lo cual puede resumirse en una **falta de diligencia debida** lesionadora del deber objetivo y subjetivo de cuidado que es necesario tener en cuenta en la ejecución de acciones, delictivas o no, que previsiblemente pueden producir la muerte de alguien (MUÑOZ CONDE 1996:35). En palabras de CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC: “Se trata de la infracción del deber personalmente exigible a todo ciudadano que pone en marcha una situación de riesgo para el bien jurídico y que debe adoptar las medidas adecuadas para evitar que ese riesgo cristalice en el resultado” (CARBONELL MATEU – GONZÁLEZ CUSSAC 1999:48).

Surge de lo que acabo de anotar que la previsibilidad –tanto objetiva como subjetiva– de la muerte constituye también un elemento que forma parte del concepto de homicidio imprudente. Es que la norma de cuidado no puede regular lo imprevisible.

6.4. Los sujetos activo y pasivo del delito son los mismos que los del homicidio doloso y el homicidio preterintencional, pues cualquier persona puede desempeñar esos roles, con las limitaciones que surgen del concurso de leyes.

6.5. El objeto material sobre el que recae directamente la acción homicida es la víctima, es decir, un ser humano distinto del autor del delito, que ya se ha independizado del claustro materno y que posee un organismo con capacidad de continuar funcionando, y el **objeto jurídico** es la vida humana independiente, desde el nacimiento hasta la muerte.

6.6. El delito se consuma con la producción del resultado mortal, siendo esta consecuencia, en cuanto a la afectación del objeto material del delito, irreversible.

6.7. El artículo 84, segundo párrafo, C.P., instituye dos figuras agravadas de homicidio imprudente.

6.7.1. En primer lugar, la pena del homicidio imprudente se aumenta cuando fueren más de una las víctimas fatales.

Objetivamente considerado, el comportamiento del autor que determina la privación de la vida *de más de una persona* pone en evidencia un ataque más extenso a la bien jurídico tutelado. En este aspecto debe hallarse, entonces, el fundamento de la agravación de la pena.

Con respecto a la hipótesis de plurales resultados de muerte derivados de *una sola acción imprudente* del sujeto activo, corresponde aseverar que la expresa previsión legal de las múltiples consecuencias mortales aleja cualquier posibilidad de mirar el supuesto como un concurso material (CREUS – BUOMPADRE 2007 1:50).

Sin perjuicio de esto, coincido con ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR en cuanto aseguran que el criterio para establecer si hay un delito o una pluralidad de delitos no puede consistir en el número de resultados, desde que es incomprensible que un solo movimiento, una sola inervación muscular, pueda ser más de un delito, porque no puede ser más que una conducta (ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR 2005:666 y 667).

6.7.2. En segundo término, el castigo de este delito se eleva si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta, o antirreglamentaria de un vehículo automotor.

En esta hipótesis agravada, el legislador tiene en cuenta el medio empleado por el agente para provocar el resultado típico. En función de esto, se trata de un tipo legal de medios determinados, pues el autor debe causar la muerte

utilizando *un vehículo automotor*, en cuya conducción aquél lesiona el deber objetivo y subjetivo de cuidado que debe respetarse en la ejecución de acciones que previsiblemente pueden producir la muerte de una persona.

Es, sin lugar a dudas, una circunstancia agravante de corte objetivo, habida cuenta que repara en el mayor injusto objetivo que encierra la utilización de un medio que, como los vehículos automotores, reviste caracteres que lo tornan idóneo para expandir un peligro sobre las personas en general. Así lo demuestran las preocupantes estadísticas relativas a los accidentes producidos en el tráfico rodado.

III. Las figuras de instigación o ayuda al suicidio

1. Teniendo en cuenta la **acción típica**, los delitos contra la vida humana incluyen, junto con las formas delictivas que presuponen matar a otro, las infracciones consistentes en **instigar a otro a que se mate o ayudarlo a que lo haga**. Se trata del delito de **instigación o ayuda al suicidio** (art. 83 C.P.).

2. A título preliminar, cabe puntualizar que la instigación o la ayuda al suicidio son delitos contra la vida humana independiente, por lo que el bien jurídico protegido es la vida humana, desde el nacimiento hasta la muerte, es decir, la actividad del complejo orgánico del ser humano.

3. El **suicidio**, como acto de quitarse voluntariamente la vida, no es una conducta penalmente típica. Sí lo es, como se verá, la intervención de terceros en esta clase de hechos.

Ahora bien, de *lege ferendo*, pienso que debería admitirse —con JAKOBS— que, así como la autodestrucción y la autolesión de personas responsables no pueden constituir un injusto, "...tampoco puede serlo la participación en ella [s] , ni siquiera la heterolesión con consentimiento o participación a propio riesgo del lesionado. Una lesión que no se produce por *arrogación* del ámbito de organización de otro, sino que, en cambio, *también* constituye una autoorganización de esta otra persona responsable, sólo de manera aparente vulnera algún bien personal; en realidad se trata de una forma (más o menos habitual o inusual, pero en todo caso privada) de modelar la vida de cada uno, que no sólo puede llevarse a cabo de propia mano, sino también en régimen de división de tareas" (JAKOBS 1997:395). Estas consideraciones deberían, al

menos, tenerse especialmente en cuenta en orden a la plausibilidad de reprimir ciertas hipótesis de cooperación al suicidio o de lesiones a requerimiento o con consentimiento de la víctima.

4. Estas figuras presentan ciertos elementos comunes.

Puesto que, como acabo de señalar, el suicidio es una conducta penalmente atípica, el castigo de la intervención de terceros sólo es posible si se regula expresamente (FELIP I SABORIT 2006:40). Es lo que hace el Código Penal argentino en el artículo 83.

Por otro lado, tanto la figura de la instigación al suicidio, como la de la ayuda, contienen una condición objetiva de punibilidad, pues estos comportamientos sólo pueden castigarse si se produjo la muerte del suicida o, al menos, éste ejecutó actos para lograrla.

5. El tipo legal reprocha a quien instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo.

5.1. Las conductas típicas son la de *instigar* o *ayudar* otro al suicidio.

Instiga a un tercero al suicidio quien lo determina eficazmente a quitarse la vida, sea que el suicidio se produzca, sea que sólo tengan lugar actos de ejecución de la decisión suicida sin que la muerte tenga lugar.

En cambio, ayuda a un tercero a cometer suicidio, quien le presta una cooperación material, cualquiera sea su especie y calidad (CREUS – BUOMPADRE 2007 1:56), al hecho de quitarse la vida.

Es un delito de acción, pareciendo posible la comisión por omisión sólo en el caso de la ayuda al suicidio.

5.2. El tipo subjetivo de la instigación o ayuda al suicidio es el doloso, siendo admisible sólo el dolo directo.

5.3. Cualquier persona puede ser sujeto activo o sujeto pasivo del delito.

5.4. El delito se consuma cuando el instigado o ayudado se ha dado muerte o ha intentado hacerlo.

IV. Las figuras de aborto

1. Para completar este examen esquemático de los delitos contra la vida en el C.P. argentino, debo ocuparme de las figuras delictivas en las que la acción de

matar a otro tiene como **sujeto pasivo** a un feto vivo. Son las distintas formas de aborto (arts. 85 a 88 C.P.), que protegen la vida humana dependiente, desde la concepción hasta el nacimiento.

2. Todas las figuras de aborto, que la ley prevé en los artículos 85 a 88 C.P., tienen dos elementos comunes.

Por un lado, este delito presupone la existencia de un **feto con vida**, es decir, un óvulo fecundado y anidado en el útero de la mujer —lo que sucede, aproximadamente, dos semanas después de la unión de la célula reproductora masculina con la femenina—, que se encuentra con vida. Consecuencia de ello es que no constituirá delito de aborto la destrucción de los llamados “preembiones” fecundados *in vitro* y no implantados (FELIP I SABORIT 2006:50).

Por otra parte, la infracción requiere la **muerte del feto** como consecuencia del comportamiento desplegado por el agente. Debe darse, pues, la interrupción de la gestación mediante la muerte del embrión.

3. La tipicidad subjetiva del delito permite distinguir entre las **figuras de aborto doloso** (arts. 85,86 primer párrafo, y 88 C.P.) y el **aborto preterintencional** (art. 87 C.P.).

3.1. Las **formas dolosas de aborto**, a su vez, se subdividen según que el aborto se cause por un tercero, sin el consentimiento de la mujer o con éste, o que sea provocado por la propia mujer.

3.1.1. El **aborto doloso causado por un tercero sin el consentimiento de la mujer** está previsto, en su modalidad básica, en la primera parte del artículo 85.1 C.P., y en su forma agravada, en la parte final de dicha disposición legal.

3.1.1.1. El tipo objetivo del delito incluye, como **conducta típica**, la acción de causar un aborto, es decir, de provocar la muerte del feto. La noción abarca tanto la muerte del *nasciturus* causada dentro del seno materno, como la muerte del feto llevada a cabo mediante su expulsión del vientre de la madre.

Es un delito de acción, y no hay obstáculos para la comisión por omisión, siempre que el sujeto activo tenga una posición de garante frente a la muerte

del feto fundada en un deber legal o contractual, o en la creación de un riesgo para la vida mediante una acción u omisión precedente.

El medio abortivo puede ser de cualquier índole, no sólo físico, sino también mecánico o químico.

Se trata de un delito de resultado, estando dicho resultado constituido por la muerte efectiva del feto.

La conducta abortiva debe estar vinculada con la producción de la muerte del *nasciturus* por medio de una relación de causalidad. Vale aquí, pues, todo lo dicho sobre esto al tratar las figuras de homicidio.

3.1.1.2. El tipo subjetivo de esta figura de aborto es el doloso. La doctrina jurídica argentina, en forma unánime, admite sólo el dolo directo. Autores españoles como CARBONELL MATEU – GONZÁLEZ CUSSAC afirman como posible también el dolo eventual para hipótesis como la siguiente: el compañero de la embarazada, ginecólogo, contra la voluntad de aquélla, no hace nada por evitar un aborto que se produce naturalmente, pudiendo evitarlo (CARBONELL MATEU – GONZÁLEZ CUSSAC 1999:104). Pero la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de una figura como la del artículo 87 C.P. –la que, por otro lado, falta en el universo normativo-jurídico español–, que castiga autónomamente la conducta de quien con violencia causare un aborto *sin haber tenido el propósito de causarlo*, obligan a reservar la figura del aborto doloso para los casos de dolo “de intención”.

3.1.1.3. Sujeto activo puede serlo cualquier persona.

A su vez, el **sujeto pasivo** es el titular de la vida humana prenatal, o sea, el *nasciturus*, y no la madre, como ha entendido erróneamente alguna doctrina jurídica.

3.1.1.4. El feto, es decir, el producto de la concepción, es el **objeto material** sobre el que recae directamente la acción.

El **objeto jurídico**, en cambio, es la vida humana prenatal o dependiente, desde la concepción (fecundación *más* anidación) hasta el nacimiento. Puesto que, por expresa exigencia legal, este delito debe cometerse sin el consentimiento de la mujer, parece razonable sostener que, al mismo tiempo, el comportamiento del agente ofende la libertad y la dignidad de la mujer embarazada (FELIP I SABORIT 2006:51) o su derecho a ser madre (por todos, DELLA VEDOVA 1994:83). Hay juristas, incluso, como COBO DEL ROSAL – CARBONELL MATEU, que aseveran que el aborto ocasionado intencionalmente por un tercero sin el consentimiento de la embarazada constituye un delito pluriofensivo en el que,

además de la vida en formación, es lesionada la libertad de la embarazada obligándole a hacer algo que no quiere; para ellos, se trataría, en consecuencia, de un delito complejo de aborto y coacciones (**COBO DEL ROSAL – CARBONELL MATEU 1989:679**).

3.1.1.5. El delito se **consume** con la producción del resultado mortal, siendo éste una consecuencia que, en cuanto a la afectación del objeto material del delito, es indudablemente irreversible.

Es admisible la **tentativa**, tanto acabada, como inacabada. El tipo de la tentativa de aborto comienza con los primeros actos de ejecución de la muerte del feto, que son constitutivos de un peligro concreto para la vida del *nasciturus*.

3.1.1.6. En su parte final, el artículo 85 C.P. consagra una derivación típica del delito base, al castigar más severamente el aborto si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

Es una agravante que atiende al resultado.

Corresponderá el reproche cualificado cuando la realización del tipo del aborto, en su forma consumada o, aun, tentada, es seguida de la producción de la muerte de la mujer.

Desde luego que, desde un punto de vista subjetivo, este resultado no debe estar comprendido en el dolo del sujeto activo.

3.1.2. El **aborto doloso provocado por un tercero con el consentimiento de la mujer** está regulado, en su modalidad básica, en la primera parte del artículo 85.2 C.P., mientras que su forma agravada aparece en el segundo enunciado de esta norma.

3.1.2.1. Todos y cada uno de los **elementos** de la figura básica y el tipo cualificado del aborto provocado dolosamente por un tercero sin el consentimiento de la mujer se reiteran en las figuras delictivas de las que ahora me ocupo. Por eso, me remito a lo desarrollado precedentemente.

3.1.2.2. La única diferencia entre las figuras del inciso 1º del artículo 85 C.P. y las del inciso 2º radica en que el tipo legal de estas últimas añade una especial modalidad de la acción, que completa la descripción típica y configura una **particular situación típica**.

Esta circunstancia consiste en el **consentimiento de la mujer**, pues en esta regla del artículo 85.2 C.P. la ley exige que tanto el aborto simple como el aborto agravado se perpetren con dicho consentimiento.

El consentimiento es, en la expresión típica, el permiso dado por la mujer a un tercero para que realice sobre ella maniobras abortivas (CREUS – BUOMPADRE 2007 1:60), o sea, para que este último actúe como autor del delito, y no como mero partícipe en el aborto practicado por la mujer.

El consentimiento, desde luego, debe ser prestado por una mujer capaz de consentir, no desde el punto de vista civil, sino con arreglo a las exigencias necesarias "...para fundar la responsabilidad de la mujer en la coparticipación criminal que el consentimiento implica" (NÚÑEZ 1961 III: 170). Al mismo tiempo, ha de tratarse de un consentimiento no viciado por error o coacción.

La mujer debe darlo en forma expresa o tácita, sin que resulte aceptable el consentimiento presunto.

La ley castiga la prestación del consentimiento de manera autónoma, en el artículo 88 C.P., siempre que, claro está, el tercero haya al menos comenzado la ejecución del aborto.

3.1.3. El aborto causado por la propia mujer está tipificado en el artículo 88 C.P.

3.1.3.1. La única particularidad de este tipo legal es la concerniente al sujeto activo del delito.

Se trata de la muerte del feto provocada por la misma madre; sólo ella debe llevar a cabo actos de consumación del aborto; sólo ella, pues, es la autora de la muerte del *nasciturus*.

No se excluye la posibilidad de que intervengan terceros, pero estos deben intervenir a título de partícipes en sentido estricto, ora como partícipes necesarios, ora como partícipes secundarios.

Pero los actos de coautoría principal de un tercero que interviene en la consumación misma del delito, convierten al hecho un aborto provocado dolosamente por un tercero con el consentimiento de la mujer.

3.1.3.2. La ley establece que la tentativa de la mujer no es punible (art. 88, *in fine*, C.P.).

En sintonía con lo que acabo de exponer, conviene enfatizar que el supuesto de hecho previsto por esta norma es el de la mujer que ha sido autora de los actos ejecutivos del aborto.

La razón de la impunidad debe hallarse en la pretensión legal de evitar el escándalo y el deshonor de la mujer. Es que el estrépito del foro ante un

proceso desarrollado para castigar esta clase de hechos produce más perjuicio social que la impunidad, cuando se trata de acontecimientos que, como éstos, quedan en la intimidad de la mujer y no ocasionan un daño efectivo.

3.2. El aborto preterintencional está regulado en el artículo 87 C.P. en los siguientes términos: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare”.

3.2.1. En el tipo objetivo encontramos que la **conducta típica** es la de *causar un aborto*, lo que importa tanto como provocar la muerte de un feto.

Es un delito de acción, sin que sea posible la comisión por omisión.

Además, es un tipo de medios determinados, pues la ley reclama que el agente cause el aborto *con violencia*. El aborto, entonces, debe derivar del empleo –por parte del autor– de una energía física dirigida a la mujer, sea obrando sobre su cuerpo, sea ejerciendo vías de hecho que no la toquen.

Se trata de un delito de resultado, estando dicho resultado constituido por la muerte efectiva del *nasciturus*.

Entre el comportamiento del sujeto activo (violencia por él desplegada) y la muerte del feto debe mediar una relación causal, por lo que, una vez más, me remito a lo analizado al tratar el problema causal en las figuras de homicidio.

3.2.2. El tipo subjetivo de esta figura de aborto requiere, por un lado, el conocimiento y la voluntad del autor de ejercer violencia contra la mujer, y, por el otro, que el agente no haya tenido el propósito de causar el aborto, expresión esta que excluye solamente el dolo directo de primer grado. De allí que quede comprendido en este precepto legal el supuesto de quien, a la voluntad de actuar violentamente en contra de la mujer, agrega la aceptación del resultado de aborto que podría producirse como consecuencia de aquélla (dolo eventual). Esta admisión del dolo eventual no impide que se lo llame “aborto preterintencional”, en tanto que se entienda que la denominación se justifica porque la muerte del feto se produce más allá de la intención propia del aborto común (NÚÑEZ 1961 III: 178).

La descripción típica incluye un elemento subjetivo cognitivo distinto del dolo, habida cuenta que reclama que el estado de embarazo de la mujer *le constare* al sujeto activo, lo que sucede cuando éste conoce con certeza que aquélla se encuentra preñada.

Esto —explica SOLER—, y la exigencia alternativa de que el embarazo *fuere notorio*, determinan que la figura del artículo 87 C.P. no constituya un aborto imprudente; sería esto último si el sujeto lo causara por sus violencias, pero *sin* que el estado de embarazo le constare o *fuere notorio*, así como se responde por las consecuencias imprudentes no ya cuando se sabe lo que puede suceder (dolo eventual) sino cuando se *debía saber* lo que podía suceder (SOLER 1956 III: 125).

3.2.3. Sujeto activo puede serlo cualquier persona.

A su vez, el **sujeto pasivo** es el feto, esto es, el titular de la vida humana prenatal.

3.2.4. La mujer es el **objeto material** del delito, pues sobre ella, y no sobre el feto, recae directamente la acción.

El **objeto jurídico**, en cambio, es la vida humana prenatal o dependiente, desde la concepción (fecundación *más* anidación) hasta el nacimiento.

3.2.5. El delito se **consume** con la producción de la muerte del *nasciturus*, siendo ésta una consecuencia que, en cuanto a la afectación del objeto material del delito, es irreversible.

3.3. El **aborto doloso causado en la mujer por un tercero**, finalmente, no sólo puede ser perpetrado por **cualquier persona** (art. 85 C.P.) —como se vio precedentemente—, sino también por un **médico, un cirujano, una partera o un farmacéutico que abusare de su ciencia o arte para causarlo** (art. 86, primer párrafo, C.P.). Es lo que se denomina “aborto profesional” (DELLA VEDOVA 1994:85 y 87).

El aborto profesional puede ser punible o impune.

3.3.1. El **aborto profesional punible** se encuentra tipificado en el artículo 86, primer párrafo, C.P., que expresa: “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”.

Es un *delito especial en sentido impropio*, habida cuenta que, pudiendo el aborto ser cometido por cualquiera, la autoría de las personas calificadas constituye una causa de agravación de la pena. Los requisitos objetivos de la autoría son, aquí, consecuencia de la existencia de un *deber especial*, cuya lesión no fundamenta la punibilidad del hecho, sino que sólo determina una *agravación* de ésta (STRATENWERTH 1999:76).

Por consiguiente, la calidad especial del agente, sumado al abusivo —o sea, malicioso— ejercicio de la ciencia o arte, hace que tanto los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que causaren el aborto, como aquellos con estas calidades que cooperaren a causarlo, merezcan la pena del aborto dolosamente provocado por un tercero más la pena de inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena.

3.3.2. En nuestro ordenamiento jurídico, el **aborto profesional impune** reviste dos modalidades: el **aborto terapéutico** (art. 86, segundo párrafo, inc. 1º, C.P.) y el **aborto eugenésico** (art. 86, segundo párrafo, inc. 2º, C.P.).

3.3.2.1. Con arreglo al artículo 86, segundo párrafo, inciso 1º, C.P., el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible 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.

El denominado “**aborto terapéutico**”, al igual que el “**aborto eugenésico**” —que luego examinaré— consagra una hipótesis en que la causación de la muerte del feto se encuentra justificada.

La disposición legal requiere, además de una particular calidad del sujeto activo, el consentimiento de la mujer encinta y que el aborto se realice persiguiendo una específica finalidad.

El aborto debe ser practicado por un médico diplomado, es decir, por una persona que ha obtenido el título que lo habilita para actuar como médico, expedido por quien está autorizado para conferirlo, y que está inscrita en la matrícula profesional.

El consentimiento de la madre, que debe reunir las condiciones mencionadas al desarrollar la figura básica, y debe ser un consentimiento informado, no puede ser suplido por la autorización de los representantes legales.

El médico diplomado debe causar la muerte del feto con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre. Es una exigencia subjetiva en función de la cual la intervención terapéutica abortiva debe llevarse a cabo teniendo en miras la evitación de un peligro para la vida o la salud de la madre que, además de grave, debe ser un riesgo que no puede ser evitado a través de medios distintos del aborto.

No hace falta, como en el estado de necesidad (art. 34, inc. 3º, C.P.), que dicho mal sea mayor e inminente, pero sí que el pronóstico de daño grave para la vida o la salud de la madre se funde en un juicio médico basado en criterios científicos admisibles.

3.3.2.2. El aborto eugenésico consiste en la provocación de la muerte del feto por parte de un médico diplomado, llevado a cabo cuando el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente (art. 86, segundo párrafo, inc. 2°, C.P.).

Las razones que justifican esta disposición son discutibles, aunque se afirma generalizadamente que ellas descansan en el interés del Derecho en el perfeccionamiento de la raza (DELLA VEDOVA 1994:90). Pienso que resulta más plausible admitir que la impunidad del aborto se funda aquí, no ya en este fundamento de base colectiva, sino en las dificultades sociales que las personas con taras psiquiátricas pueden tener si nacen.

El presupuesto fundamental del precepto legal es que el embarazo sea producto de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente, es decir, que sea producto de un abuso sexual con acceso carnal (art. 119, tercer párrafo, C.P.) o de cualquier actividad ilícita que pueda catalogarse como un atentado contra la intangibilidad sexual de la mujer.

Puesto que la paciente es idiota y demente, el consentimiento para el aborto debe ser dado por sus representantes legales, salvo que, claro está, aquélla haya recobrado la razón o se encuentre en un intervalo lúdico.

Bibliografía

- BUIJÁN, JAVIER ALEJANDRO – DE LANGHE, MARCELA VIVIAN, *Tratado de los delitos*, Ábaco, Buenos Aires, 2004.
- CARBONELL MATEU, J. C. – GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Homicidio y sus formas (I): homicidio”, en AA. VV., *Derecho penal. Parte especial*, 3ª edición revisada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- COBO DEL ROSAL, MANUEL – CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS, “El aborto en el Código Penal español”, en AA. VV., *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*, Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain, Instituto Vasco de Criminología, Donostia – San Sebastián, 1989.
- CREUS, CARLOS – BUOMPADRE, JORGE EDUARDO, *Derecho penal. Parte especial*, 7ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2007.
- DELLA VEDOVA, MARIO A., “Delitos contra las personas”, en AA. VV., *Estudios de las figuras delictivas*, Daniel P. Carrera –director–, Advocatus, Córdoba, 1994.

- ESTRELLA, OSCAR ALBERTO – GODOY LEMOS, ROBERTO, *Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*, 2ª edición actualizada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.
- FELIP I SABORIT, DAVID, “El homicidio y sus formas”, en AA. VV., *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 2006.
- JAKOBS, GÜNTHER, “La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte”, en Jakobs, Günther, *Estudios de derecho penal*, UAM Ediciones – Civitas, Madrid, 1997.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- NÚÑEZ, RICARDO C., *Derecho penal argentino*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961.
- SANCINETTI, MARCELO A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.
- SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho penal argentino*, 3ª reimpresión, TEA, Buenos Aires, 1956.
- STRATENWERTH, GÜNTER, *Derecho penal. Parte general*, traducción de G. N. Romero, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 1999.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL – ALAGIA, ALEJANDRO – SLOKAR, ALEJANDRO, *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005.