

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE NICARAGUA
UNAN – LEÓN**

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

CARRERA DE DERECHO



Monografía para optar al grado académico de Licenciado en Derecho

ANÁLISIS DEL TIPO DE ABORTO Y LAS POSIBLES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL, A PROPÓSITO DE LA DIRECTIVA MINISTERIAL 109 DEL MINSA, EN CASOS DE CONCURRENCIA DE COMPLICACIONES OBSTÉTRICAS (INDICACIONES TERAPÉUTICAS).

Autores: Esquivel Varela, Aracelli de los ángeles

Martínez Delgado, Rosa Milena

Dávila Lara, Eugenio Valentín

Tutor: PhD. César Díaz

León, Nicaragua

Julio de 2022

“A LA LIBERTAD POR LA UNIVERSIDAD”

RESUMEN

La presencia del artículo 143 y ss. del Código Penal referido al aborto viene a castigar cualquier forma de interrupción del embarazo voluntario, aun cuando concurren indicaciones terapéuticas, esto es cuando la vida de la madre se encuentre en peligro si se decide seguir con el embarazo; sin embargo, desde el año 2013 el Ministerio de Salud en aras de evitar la morbi-mortalidad materna aprobó y ha venido aplicando un protocolo de actuación e intervención para reducir la muerte de mujeres embarazadas cuando el embarazo represente un peligro para su vida hasta el punto de establecer determinadas circunstancias para practicar la interrupción del embarazo, generándose una antinomia normativa entre la norma penal, que prohíbe cualquier interrupción del embarazo aun por indicaciones terapéuticas, y el protocolo 109.

A partir de dicha problemática nos hemos planteado realizar una investigación para determinar si es posible utilizar este protocolo para fundamentar una eximente de responsabilidad penal o si la propia situación de la mujer embarazada es suficiente para justificar la interrupción del embarazo; lo que no ha sido tarea sencilla ya que en Nicaragua hay pocos trabajos investigativos sobre esta temática los cuales se limitan a abordarlo desde una perspectiva teórica con aspectos meramente doctrinales.

LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS

| | |
|-----------------|--|
| Art. | Artículo |
| CIJUL | Centro de Información Jurídica en Línea |
| CP | Código Penal |
| <i>Ibidem</i> | En el mismo lugar |
| <i>Ídem</i> | Igual, el mismo, lo mismo |
| MINSA | Ministerio de Salud de Nicaragua |
| ODS | Objetivos de Desarrollo Sostenible |
| OMS | Organización Mundial de la Salud |
| <i>Op. cit.</i> | Obra citada |
| P., pp. | Página, páginas |
| RAE | Real Academia Española |
| ss. | Siguientes |
| UNICEF | Fondo de Naciones Unidas para la Infancia |

Índice

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| OBJETIVOS | 4 |
| Objetivo General..... | 4 |
| Objetivo Específico..... | 4 |
| MARCO TEÓRICO | 5 |
| CAPÍTULO I. ABORTO Y COMPLICACIONES OBSTÉTRICAS | 5 |
| 1. Antecedentes históricos de la práctica del aborto | 5 |
| 2. Definición de aborto | 7 |
| 3. Definición de complicaciones obstétricas..... | 10 |
| 4. Indicaciones terapéuticas | 12 |
| 5. Conclusión | 12 |
| CAPÍTULO II. ANÁLISIS DEL TIPO OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL INJUSTO ABORTO | 14 |
| 1. Conceptualización del delito según la teoría del delito | 14 |
| 2. Análisis del tipo penal del injusto de aborto en base a la teoría del delito | 15 |
| 2.1. Bien jurídico tutelado..... | 16 |
| 2.2. Tipo de delito | 19 |
| 2.3 Acción o conducta típica..... | 21 |
| 2.4. Verbo recto o núcleo de la conducta típica | 21 |
| 2.5. Clasificación de los delitos por el daño causado..... | 23 |
| 2.6. Omisión y comisión por omisión: deber de garante..... | 23 |
| 2.7. Sujetos de la conducta típica | 26 |
| 2.8. Objeto material..... | 28 |
| 3. Tipo Subjetivo..... | 29 |
| 3.1. Dolo..... | 29 |
| 4. Conclusión | 32 |
| CAPÍTULO III. EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL: CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD | 34 |
| 1. Eximentes de responsabilidad penal | 34 |
| 1.1. Eximentes incompletas..... | 36 |
| 2. Antijuridicidad | 36 |
| 2.1. Antijuridicidad formal..... | 38 |
| 2.2. Antijuridicidad material | 38 |
| 2.3. La Antijuridicidad en el delito de aborto | 39 |

| | |
|--|-----------|
| 3. Causas de justificación..... | 40 |
| 4. Estado de necesidad | 41 |
| 4.1 Teorías del estado de necesidad justificante y exculpante | 42 |
| 4.2 Requisitos del estado de necesidad según el Código Penal | 43 |
| 4.2.1. Que el mal causado no sea mayor que el que se pretende evitar | 45 |
| 4.2.2. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto | 46 |
| 4.2.3. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.... | 47 |
| 5. Cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo..... | 48 |
| 5.1. Cumplimiento de un deber jurídico..... | 49 |
| 5.2. Ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo | 50 |
| 5.3. El cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo aplicado al supuesto de interrupción del embarazo por complicaciones obstétricas..... | 52 |
| 5.4. La Normativa 109 Protocolo para la atención de complicaciones obstétricas como fundamento de la exigente general cumplimiento de un deber o en el ejercicio de derecho legítimo, un deber, un oficio o cargo..... | 53 |
| 6. Culpabilidad..... | 57 |
| 6.1. Elementos de la culpabilidad..... | 57 |
| 6.2. La culpabilidad en el injusto aborto | 59 |
| 7. Conclusión | 60 |
| EXCURSO. ANTINOMIA NORMATIVA: LO PENAL VS LO ADMINISTRATIVO | 62 |
| 1. Código Penal y Normativa 109 Protocolo para la atención de complicaciones obstétricas | 62 |
| 1.1. Ley ordinaria | 62 |
| 1.2. Acuerdo Ministerial..... | 63 |
| 2. ¿Qué norma debe prevalecer en caso de presentarse una contradicción normativa como la supra descrita?..... | 67 |
| DISEÑO METODOLÓGICO | 68 |
| CONCLUSIONES | 69 |
| BIBLIOGRAFÍA | 71 |

INTRODUCCIÓN

Cada día mueren mujeres por causas prevenibles relacionadas con el embarazo y el parto. Se estima que alrededor del 15% del total de las mujeres embarazadas manifiestan alguna complicación potencialmente mortal que requiere atención calificada y, en la mayoría de los casos, una intervención obstétrica importante para que sobrevivan.

Ante este escenario, el Ministerio de Salud en busca de incrementar esfuerzos y dar un renovado impulso al fortalecimiento de los servicios de la salud, crea las diferentes normativas de carácter administrativo para el abordaje oportuno de las complicaciones obstétricas, mismas que mejoran la normatividad, organización, cobertura y calidad en la atención de los centros de salud públicos y privados; cuyo objetivo se enfoca en satisfacer de manera más equitativa las necesidades de la salud materno-infantil de la población, incorporando aspectos relevantes enfocados a la prevención de morbilidad y complicaciones obstétricas mediante intervenciones durante el embarazo, parto y puerperio.

Entre estas normativas se encuentra el Protocolo 109 que ha dado respuestas médicas y sociales al establecer las pautas a seguir cuando se presentan complicaciones obstétricas que pueden conllevar a la interrupción del embarazo por indicaciones terapéuticas, con la finalidad de salvaguardar la vida de la mujer embarazada, lo que ha convertido al código penal en letra muerta en lo referido al aborto, evidenciándose una contradicción normativa ya que el código penal prohíbe cualquier forma de interrupción del embarazo, aún en aquellos casos en los que peligra la vida de la mujer.

Lo que nos llevó a formularnos las siguientes interrogantes: De acuerdo a la jerarquía normativa planteada por KELSEN ¿Debe anteponerse una directiva ministerial a una ley ordinaria? ¿Es posible utilizar esta directiva administrativa como eximente específica de responsabilidad penal por los médicos facultativos que intervienen cuando concurren las circunstancias establecidas en ella o necesariamente debemos remitirnos a la eximente general del art. 34 inciso 7 tomando como referencia dicha normativa? ¿Podría utilizar la mujer embarazada esta directiva como eximente específica de responsabilidad penal al ser la destinataria de la misma y sobre la que incide la conducta del personal médico sanitario, o necesariamente debe recurrir a las eximentes generales establecidas en el art. 34 CP?

Es por ello que a través del desarrollo de esta investigación analizaremos y determinaremos si la directiva ministerial N°109 puede ser utilizada como eximente de

responsabilidad penal en el supuesto de interrupción del embarazo por indicaciones terapéuticas, o en su defecto debemos recurrir a las eximentes generales de estado de necesidad y el cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo para eximir de responsabilidad penal la conducta de interrupción del embarazo cuando peligra la vida de la mujer. Ello a propósito de un planteamiento doctrinal que señala que en caso de no establecerse eximentes específicas se debe recurrir a las eximentes generales.

Diversos autores han realizado estudios al injusto de aborto en el supuesto de interrupción del embarazo por indicaciones terapéuticas; en la corriente chilena encontramos a la jurista OSSANDÓN WIDOW cuyo artículo científico se titula “*Aborto y Justificación*”, en su obra menciona que el delito de aborto es uno de aquellos casos en que la licitud resulta especialmente controvertida y para comprobarlo analiza la posibilidad de concurrencia de las diversas causas de justificación. La autora se enfoca en los casos en que está en peligro la vida o la salud de la madre, es decir, supuestos de aborto terapéutico.¹

Del mismo modo, por parte de la doctrinaria nicaragüense en el año 2008 el Catedrático CASTILLO MONTERREY elabora un artículo llamado “*Verdades y mentiras jurídicas sobre el denominado aborto terapéutico*”, en el cual expresa que la problemática sobre el aborto terapéutico radica en encontrar un apoyo directo para fundar la irrelevancia o justificación penal de esa conducta, ya que ante una situación de colisión entre intereses jurídicos sobrevenida por un embarazo que representa un peligro para la vida o salud de la gestante, donde aquellas solo pueden ser salvadas o protegidas a costa de afectar la vida del no nacido, se presenta una “*exigencia de necesidad terapéutica o médica del aborto*” para solucionar el conflicto, y que según el autor, dicha situación viene dada por el estado de necesidad. En este mismo sentido, el jurisconsulto opina que corresponde al Ministerio de Salud establecer los protocolos de actuación mediante disposiciones administrativo sanitaria en coordinación con la Fiscalía y el Poder Judicial.²

¹ OSSANDÓN WIDOW, María, “*Aborto y Justificación*”, Revista Chilena de Derecho, [en línea], 2012, vol. 39 n.2, [consultado el 21/4/2022], pp.325-369, disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372012000200006

² CASTILLO MONTERREY, Marcelo, 2008, “*Verdades y mentiras jurídicas sobre el denominado aborto terapéutico*”, El Nuevo Diario [en línea], Nicaragua, [consultado el 21/4/2022], disponible en: <https://www.elnuevodiario.com.ni/blogs/articulo/278-verdades-mentiras-juridicas-denominado-aborto-tera/>.

Asimismo el Penalista VEGA GUTIÉRREZ en su obra “*La Política criminal del aborto en Nicaragua: hacia la despenalización del aborto terapéutico*”, plantea que en Nicaragua existe una prohibición absoluta del aborto que en los casos que este en peligro la vida o salud de la mujer embarazada existen dos vías a través de las cuales se puede fundamentar la exención de responsabilidad penal, esta puede ser con la causa de justificación del estado de necesidad o bien un supuesto de inexigibilidad penal individual. Sin embargo, pese a esta prohibición absoluta, el penalista señala que hay quienes sostienen que el Estado admite por causa del Protocolo 109 la práctica del aborto por indicaciones médicas, pero al ser este un acuerdo ministerial, de rango inferior a las leyes penales, es preciso ampararse ante la eximente del cumplimiento de un deber jurídico en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo, sin necesidad de alegarse un estado de necesidad.³

La presente investigación es desarrollada como una continuidad y ampliación del trabajo investigativo presentado en el año 2019 en la Jornada Universitaria de Desarrollo Científica (JUDC), el que consta de tres capítulos, titulándose el primero de ellos: *aborto y complicaciones obstétricas*; el segundo lleva por nombre: *análisis del tipo objetivo y subjetivo del injusto aborto*; finalmente en el tercer capítulo se desarrollan las *eximentes de responsabilidad penal y las causas de exclusión de la antijuricidad y culpabilidad*. Asimismo, se elaboró un excurso titulado: *antinomia normativa: lo penal vs lo administrativo*.

³ VEGA GUTIÉRREZ, José, “*La Política criminal del aborto en Nicaragua: hacia la despenalización del aborto terapéutico*”, Resumen Ejecutivo, Managua- Nicaragua, PBS de Nicaragua S.A., 2020, p. 2.

OBJETIVOS

Objetivo General

Analizar el tipo de injusto del delito contenido en el artículo 143 CP. y las posibles eximentes de responsabilidad penal, derivadas de la directiva ministerial 109 del MINSA, en casos de concurrencia de complicaciones obstétricas (indicaciones terapéuticas).

Objetivo Específico

- Determinar el concepto de aborto y de complicaciones obstétricas según el derecho positivo vigente y la doctrina médico - jurídica.
- Analizar la figura del tipo de injusto de aborto artículo 143 CP.
- Identificar las eximentes que se pueden alegar a propósito de la directiva ministerial 109 en caso de interrupción del embarazo por complicaciones obstétricas.
- Indicar la naturaleza de la normativa ministerial 109 respecto a la normativa penal.

MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I. ABORTO Y COMPLICACIONES OBSTÉTRICAS

En atención al primer objetivo planteado en esta investigación, en el presente capítulo describimos y analizamos la evolución que el aborto ha tenido a lo largo de su existencia; específicamente en Roma y Grecia Antigua. Consideramos que el análisis desde esta perspectiva es fundamental para determinar lo que se entendía y entiende por tal, y las razones que llevaron a su tipificación, esto es, su configuración, estructura y penalización.

A estos efectos, consideramos necesario remitirnos, en primer lugar, a la doctrina médica para su conceptualización, debido a que nuestra norma penal positiva no brinda una definición de aborto, solo prohíbe la conducta. Al comprender el aborto diferentes figuras, nos centraremos en el análisis de la figura de aborto terapéutico, las complicaciones obstétricas que podrían conllevar a la interrupción del embarazo.

1. Antecedentes históricos de la práctica del aborto

La práctica del aborto era ya conocida muchos siglos antes de nuestra era. En los pueblos primitivos, de patriarcado absoluto, el jefe de la familia podía vender e incluso matar a sus hijos, aún antes de nacer. En esas circunstancias, el aborto no tenía carácter punible. Se pensaba que el feto pertenecía al cuerpo femenino, a sus entrañas; y dado que la mujer tenía un estado de minoridad, el padre o el jefe de la familia ejercía absolutos derechos sobre el fruto de la concepción.⁴

En general, las antiguas legislaciones no castigaron al aborto. En Grecia Antigua, donde se consideraba que el feto no tenía alma, PLATÓN manifestó en su obra “*La República*”, que el aborto debería prescribirse en caso de incesto o cuando los padres fueran personas de excesiva edad como indicador del aborto⁵; en tanto ARISTOTELES y otros

⁴ MAYO ABAD, Digna, “*Algunos aspectos históricos-sociales del aborto*”, Instituto de Ciencias Superior de La Habana, [en línea], 2002, [consultado el 08/07/2021], disponible en: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0138-600X2002000200012.

⁵ DA COSTA LEIVA, Miguel, “*El problema del aborto y el infanticidio en los filósofos griegos*”, Revista Latinoamericana de Bioética, [en línea], 2011, Chile, vol. 11, p. 97. La escuela platónica en general, corrobora esta afirmación, negando que el feto posea alma cuando aún se encuentra dentro del útero materno. El alma se asocia con el cuerpo al momento de nacer. Tal vez a través de la primera aspiración que hacía el recién nacido. Los filósofos griegos asociaron el alma cósmica con el aire y enseñaron que la vida depende de los procesos de inspiración de este aire-alma. La muerte, en cambio, es el proceso contrario, y por eso se habló de la “expiración” (el aire se asociaba además con una especie particular de “fuego”. Por lo tanto, la concepción platónica declaró que el aborto era un acto totalmente diferente al de matar a un ser humano.

filósofos, lo recomendaban como fórmula para limitar las dimensiones de la familia⁶. Aquí se consideraba al feto como parte de la madre, y era ella quien podía disponer al arbitrio de su cuerpo.⁷

En el tiempo romano no existía una distinción entre aborto y la anticoncepción, ya que en Roma no se le daba la debida importancia cuando la madre se desembarazaba en el momento biológico de un hijo que no deseaba tener. Sin embargo, a fines de la República y en las primeras centurias del Imperio, a medida que la sociedad se volvió más moralista, las prácticas abortivas eran alarmantes para la sociedad y esto llevó a la intervención del Estado para sancionarlas. En este sentido, la legislación Romana a través del Digesto, basado en el jurisconsulto Paulo sostenía:

“Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi id doto non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur”

(Digesto. 48.19.38.5.)

Quienes proporcionan una poción abortiva o un filtro amoroso, aunque no lo hagan de mala fe, puesto que esta acción constituye un mal ejemplo, son relegados, los más humildes a las minas, los más notables a una isla, después de ser confiscada una parte de sus bienes.⁸

Sin embargo, en opinión de RODRÍGUEZ ORTÍZ⁹ el hecho de castigar el aborto no era por la decisión de privar de la vida al producto de la concepción, sino el hecho de que la mujer haya tomado esta decisión en lugar del paterfamilias, a quien le correspondía únicamente.

⁶ *Ibidem*, p.98. Aristóteles descubre la relación causal entre la sobrepoblación y la pobreza del Estado que, a su vez, origina conmociones sociales que ponen en peligro la estabilidad del mismo. Por eso es necesario regular el crecimiento de la familia como una especie de defensa moral que hace el Estado sobre sí mismo.

⁷ *Ídem*.

⁸ CECCO, Elda; MANSILLA, Angélica, “*El aborto en Roma, Consideraciones jurídicas y morales*”. Universidad Nacional de Cuyo. [en línea], [consultado el 08/07/2021], p. 29, disponible en: https://librosffyl.bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/10956/03-cecco.pdf.

⁹ ORTEGA BAÚN, Ana, “*Lo real del aborto en la Castilla de finales de la edad media y principios de la edad moderna (1400-1555)*”, [en línea], [consultado el 08/07/2021], p. 19, disponible en: http://www.ilgentillauro.com/extra/descargas/des_50/ActaLauris-2-2015/AL2_Ana.pdf.

2. Definición de aborto

El significado de la palabra aborto debe buscarse en la doctrina médica, no en el derecho positivo, al menos no en sentido estricto, si entendemos como tal el emanado o dictado por el poder legislativo, pues no lo establece, lo cual no solo podría provocar problemas de comunicación, sino que, además, contribuir considerablemente a la existencia de obstáculos y dificultades para cualquier toma de decisión estrictamente jurídica¹⁰. Esto debido por la cantidad de conceptos y definiciones de aborto existente en la doctrina médica científica.

Etimológicamente el aborto proviene del latín *abortus*, participio del verbo *aborior*, palabra compuesta que significa: *ab = privar*; y *orior = levantarse, salir, aparecer, nacer*. Médicamente, se considera como la interrupción del embarazo con la consecuencia de muerte del producto de la concepción, sea este viable o no.¹¹

BESIO, desde un planteamiento médico, establece que el aborto puede clasificarse en espontáneo cuando se produce por alguna patología del concebido o de algún progenitor, independientemente de la voluntad de ellos o de tercero, por lo que no hay responsabilidad directa al respecto. Por otra parte, en aborto provocado o voluntario, ya que este se trata del resultante de maniobras destinadas directamente a provocar la muerte del no nacido.¹²

En cambio, la doctrina jurídica¹³ clasifica al aborto en tres tipos, siendo estos: el **procurado**¹⁴, que es el realizado por la mujer como sujeto activo primario, **el consentido**, en el que la mujer faculta a otro para realizar en ella las maniobras abortivas, conducta que el código penal tipifica en el artículo 143, párrafo segundo, que abarca ambas modalidades al establecer: “A la mujer que intencionalmente cause su propio aborto o consienta que otra persona se lo practique, se le impondrá pena de uno a dos años de prisión”; y el **sufrido** que es en el cual la mujer es también víctima pues se practica en contra de su voluntad, siendo

¹⁰ PEREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia, “*El aborto una lectura de derecho comparado*”, 1ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993, p. 13.

¹¹ BESIO, Mauricio; CHOMALÍ, Fernando; NEIRA, Jorge; VIVANCO, Ángela, “*Aborto terapéutico: Consideraciones médicas, éticas, jurídicas y del magisterio de la Iglesia católica*”, Facultad de Medicina Centro de Bioética Departamento de Obstetricia y Ginecología Centro de Estudios Jurídicos Avanzados, [en línea], 2008, Chile, [consultado el 08/07/2021], p. 7, disponible en: <https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/%20es/lil-545125>.

¹² BESIO, Mauricio/ et al., “*Óp. cit.*”, p. 7.

¹³ PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia, “*Óp. cit.*”, p. 15.

¹⁴ *Ibidem*. p. 8, Lo entendemos como aquel acto destinado a poner fin al embarazo con el propósito de que el individuo que se encuentra en gestación, ya sea en la etapa embrionaria o fetal, muera.

este similar, al establecido en el artículo 144 CP, el tipo de aborto sin consentimiento, que dice: “*Quien intencionalmente provoque el aborto sin el consentimiento de la mujer, será castigado con prisión de tres a seis años*”.

Cabe señalar que BESIO identifica una subclasificación en el aborto procurado o provocado de la que se desprende el aborto terapéutico, siendo estas:

- Aborto “libre”: es el realizado bajo el supuesto derecho que tendría la mujer para interrumpir su embarazo, con la consecuente eliminación del fruto de la concepción, invocando para ello cualquier razón.¹⁵
- Aborto eugenésico: es aquel que se realiza con la intención de eliminar el feto, cuando se puede predecir con probabilidad o certeza que nacerá con un defecto o enfermedad.¹⁶
- Aborto selectivo: se refiere a la reducción fetal selectiva, que pretende eliminar, en el caso de embarazos múltiples, algunos embriones con el fin de que los otros tengan mejor posibilidad de sobrevivir. En los países donde se ha legalizado el aborto, esta práctica es habitual en los procedimientos de fecundación artificial y transferencia embrionaria FIVET.¹⁷
- Aborto “ético”: es aquel destinado a provocar la muerte del embrión o feto en gestación cuando este ha sido el producto de alguna agresión sexual o relación incestuosa. A este tipo de aborto se le suele denominar también aborto “por honor”.¹⁸
- Aborto “terapéutico”: son las interrupciones del embarazo en las cuales lo que se persigue finalmente es la salud de la madre en su sentido amplio. Se trata de aquellos casos en que la muerte del embrión o feto es buscada como medio para lograr la salud materna.¹⁹

¹⁵ *Ibidem*, p. 8.

¹⁶ *Ídem*.

¹⁷ *Ídem*.

¹⁸ *Ibidem*, p. 9.

¹⁹ *Ídem*.

El Código Penal de Nicaragua no conceptualiza al aborto, sino a lo más que llega el legislador es tipificar la conducta y describir el resultado: “*quien provoque aborto con el consentimiento de la mujer será sancionado con la pena de uno a tres años de prisión*”.²⁰

Ante esta laguna debemos remitirnos a una disposición ministerial, esto es la normativa 011 del MINSA, titulada “*Normas y Protocolos para la Atención prenatal, parto, recién nacido/a, y puerperio de bajo riesgo*” que establece: por aborto debe entenderse la “*Expulsión del producto de la concepción de menos de 500 gramos de peso o hasta 22 semanas de gestación*”.²¹

Además de ello, conceptualiza una serie de condiciones en las cuales se evidencia la posibilidad de realizar aborto terapéutico, esto es, según el término médico empleado en el texto: “*interrupción del embarazo por complicaciones obstétricas*” con la finalidad de reducir el riesgo²² y la mortalidad materna²³, cuando se presenten supuestos o casos de:

- **Embarazo de alto riesgo:** en el que se tiene la certeza o la probabilidad de estados patológicos o condiciones anormales concomitantes con la gestación y el parto, que aumentan los peligros para la salud de la madre o del feto.
- **Emergencia obstétrica:** Complicación de la gestación que implica riesgo de morbilidad o mortalidad materno-perinatal.
- **Mortalidad (o Defunción) materna por causas obstétricas directas:** Resultan de complicaciones obstétricas del embarazo (embarazo, parto y puerperio), de intervenciones, de omisiones, de tratamiento incorrecto, o de una cadena de acontecimientos originada en cualquiera de las circunstancias mencionadas.

²⁰ Nicaragua, “*Ley No. 640, Código Penal*”, en La Gaceta, Diario Oficial, de 5, 6, 7, 8 y 9 de mayo de 2008, No 83, 84, 85, 86 y 87.

²¹ Nicaragua, Gobierno de Reconciliación y Unidad Nacional, Ministerio de Salud, Normativa 0-11: “*Normas y protocolos para la atención prenatal, parto, recién nacido/a y puerperio de bajo riesgo*”, Managua, 2015, p. 15.

²²*Ibidem*, p. 18. Entendido éste como la posibilidad que tiene un individuo o grupo de sufrir un daño.

²³VACA KAHUT, Josué, “*Morbimortalidad materna*”, Revista de Ciencias Médicas, [en línea], 2018, Vol. 13, [consultado el 6/4/2022], disponible en: <https://www.medigraphic.com/pdfs/cubaysalud/pcs-2018/pcss181by.pdf>. “*La mortalidad materna como indicador expresa el riesgo de morir durante el embarazo o dentro de los 42 días siguientes, por complicaciones obstétricas de la gestación, antes del embarazo o durante la gestación que no es producto de causas obstétricas directas, pero sí agravadas por los efectos del embarazo, la actualización, la capacitación del personal vinculado a la atención materna, la auditoría médica de los servicios obstétricos y el análisis de la morbilidad materna extremadamente grave, permiten analizar los casos obstétricos complicados para encontrar los factores relacionados y buscar soluciones que minimicen el riesgo para brindar una mejor atención a estas pacientes*”.

- **Mortalidad (o Defunción) Materna de causas obstétricas indirectas:**
Resultan de una enfermedad existente desde antes del embarazo o de una enfermedad que evoluciona durante el mismo, no debidas a causas obstétricas directas, pero sí agravadas por los efectos fisiológicos del embarazo.²⁴

3. Definición de complicaciones obstétricas

Debido a que nuestro tema de investigación se centra en el análisis de la interrupción del embarazo por complicación obstétrica bajo indicaciones terapéuticas, es necesario definir qué debemos entender por complicaciones obstétricas, de conformidad con la doctrina médica, para poder comprender los factores que deben concurrir o que pueden llevar a la interrupción del embarazo.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) definen a las complicaciones obstétricas como “*una afección aguda que surge de una causa directa de muerte materna, como hemorragia preparto o posparto, parto obstruido, sepsis posparto, complicaciones del aborto, preeclampsia o eclampsia, embarazo ectópico y ruptura del útero, o indirecta. causas como anemia, malaria y tuberculosis*”²⁵, mismas afecciones que contempla el Protocolo del MINSA, Protocolo N°109 para la atención de complicaciones obstétricas, las cuales han sido mencionadas con anterioridad en el cuerpo de este capítulo.

En este mismo sentido, por parte de la doctrina médica, ISHIKAWA²⁶ y ADRIAN RAINE²⁷ conceptualizan a las complicaciones obstétricas como las disrupciones y trastornos

²⁴ Nicaragua, Gobierno de Reconciliación y Unidad Nacional, Ministerio de Salud, Normativa 0-11: “*Normas y protocolos para la atención prenatal, parto, recién nacido/a y puerperio de bajo riesgo*”, Managua, 2015, p. 15.

²⁵ UNICEF/WHO/UNFPA, “*Guidelines for monitoring the availability and use of obstetric services*”, UNFPA, [en línea] 2003, New York, [consultado el 09/07/2021], disponible en: <https://www.publichealth.columbia.edu/sites/default/files/pdf/unguidelinesen.pdf>.

²⁶ SHARON ISHIKAWA Coordinadora de MHSA para la Agencia de Atención Médica del Condado de Orange (OCHCA). Tiene un PhD. en Psicología Clínica de la UCLA y un postdoctorado de investigación en la Universidad del Sur de California.

²⁷ ADRIAN RAINE, psicólogo británico. Actualmente ocupa la cátedra de profesor de Criminología y Psiquiatría de la Universidad Richard Perry.

sufridos durante el embarazo, el parto y el trabajo de parto, así como en el periodo neonatal inicial.²⁸

En Nicaragua dicha definición se encuentra en el Protocolo para la atención de las complicaciones obstétricas del MINSA que las conceptualiza como “*disrupciones y trastornos sufridos durante el embarazo, el trabajo de parto, puerperio y período neonatal inicial, los cuales, de no ser atendidos por personal capacitado, y en condiciones adecuadas, podrían condicionar la muerte materna, fetal o neonatal*”.²⁹

Este protocolo surge como respuesta a la realidad obstétrica que presentan las mujeres embarazadas que manifiestan alguna complicación potencialmente mortal que requiere atención calificada y, en la mayoría de los casos, una intervención obstétrica importante para que sobrevivan.

Por ello el Ministerio de Salud en seguimiento a las orientaciones del gobierno de Nicaragua de fortalecer las acciones que contribuyan a la reducción de la morbi-mortalidad materna y perinatal aprueba el mencionado protocolo el cual contiene la orientación para el abordaje de las enfermedades más frecuentes en relación a la mortalidad materna por causas obstétricas directas como son Aborto en sus diferentes formas clínicas.³⁰

En el año 2018, tomando en cuenta las novedades en herramientas tecnológicas de medicina perinatal, farmacológicas, quirúrgicas y diagnósticas y de seguimiento, el Ministerio de Salud decide realizar una inclusión de dichos aspectos en la actualización de esta normativa, documento que se encuentra vigente y en base al cual se ha realizado nuestra investigación.

²⁸ ISHIKAWA, Raine, “*Complicaciones obstétricas y agresión. Agresividad – Agresión*”, [en línea], 2009, Estados Unidos, [consultado el 09/07/2021], pp. 1-5, disponible en: <https://www.encyclopedia-infantes.com/agresividad-agresion/segun-los-expertos/complicaciones-obstetricas-y-agresion>.

²⁹ Nicaragua, Gobierno de Reconciliación y Unidad Nacional, Ministerio de Salud, Normativa 109: *Protocolo para la atención de complicaciones obstétricas*”, 2ª ed. Managua, 2018, p. 20.

³⁰ *Ídem*. p. 7.

4. Indicaciones terapéuticas

El diccionario médico define a *terapéutico* como la parte de la medicina que se ocupa del tratamiento de enfermedades³¹. Es decir que, indicaciones terapéuticas son aquellas pautas o directrices dadas por el médico para el abordaje y tratamiento de un padecimiento. En Nicaragua estas son las indicaciones que el médico provee a sus pacientes siguiendo lo estipulado en los protocolos de actuación del MINSA³² para las correspondientes complicaciones que se presenten; mismas indicaciones que pueden terminar en la interrupción del embarazo en circunstancias de gravedad donde se peligre la vida de la mujer embarazada, en el caso de aborto.

La RAE define a las indicaciones terapéuticas como “*Circunstancia que determina la legalidad del aborto realizado con el consentimiento de la mujer en cualquier momento de la gestación o durante un determinado plazo de tiempo, cuando la continuación del embarazo represente un grave riesgo para la vida o la salud de la mujer*”.³³

5. Conclusión

En conclusión, la figura de aborto ha existido a lo largo de la historia del hombre en sociedad con diferentes acepciones, en antaño el aborto era considerado una interrupción del embarazo por razones morales, éticas y eugenésicas, hoy en día esta figura se concibe como la interrupción del embarazo con la consecuencia de muerte del producto de la concepción, sea este viable o no. Es decir, siempre se ha considerado el aborto como la interrupción del embarazo, lo que varía son las causas o circunstancias que dan lugar a esta figura.

Según la doctrina médico-científica, el aborto comprende diferentes figuras tales como el aborto procurado, el consentido y el sufrido; clasificación que en nuestra opinión se ajusta a la descripción de las conductas que prohíbe el legislador en el ordenamiento jurídico penal nicaragüense en la capitulación referida al Aborto.

Dentro la clasificación brindada por la doctrina médico-jurídica adquiere especial protagonismo el aborto terapéutico; es decir, el realizado por indicaciones terapéuticas;

³¹CLINICA UNIVERSIDAD DE NAVARRA, Diccionario Médico, *Terapéuticas*, [en línea], [consultado el 20/10/2021], disponible en: <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/terapeutica#:~:text=f.,del%20tratamiento%20de%20las%20enfermedades>.

³² Los protocolos del MINSA no definen el término “*indicaciones terapéuticas*”.

³³ RAE, “*Indicaciones terapéuticas*”, [en línea], [consultado el 20/10/2021], disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/indicaci%C3%B3n-terap%C3%A9utica>.

debiendo entenderse por tales, las circunstancias que determinan la legalidad del aborto realizado con el consentimiento de la mujer en cualquier momento de la gestación o durante un plazo de tiempo, cuando la continuación del embarazo represente un grave riesgo para la vida o salud de las mujeres embarazadas.

Con la existencia de la normativa 011 se da la conceptualización del aborto en el ámbito médico-administrativo, definiendo a este como la expulsión del producto de la concepción de menos de 500 gramos de peso o hasta 22 semanas de gestación. Normativa que consecutivamente hace una serie de definiciones de las condiciones terapéuticas que se pueden presentar durante el embarazo entendiéndose estas como “complicaciones obstétricas”, las cuales consisten en las disrupciones y trastornos sufridos durante el embarazo, el trabajo de parto, puerperio y período neonatal inicial, los cuales, de no ser atendidos por personal capacitado, y en condiciones adecuadas, podrían condicionar la muerte materna, fetal o neonatal.

A nivel administrativo, el Ministerio de Salud, en aras de estandarizar y garantizar la salud de la población nicaragüense, particularmente en atención a la salud materna perinatal, consciente de las complicaciones obstétricas y neonatales ha decidido integrar al sistema de salud nacional un protocolo de intervenciones actualizadas y basadas en evidencia en cuanto a salud materna y cuidados neonatales iniciales, de lo que se evidencia una contradicción entre la normativa administrativa y lo que establece la norma penal, no siendo solo una contradicción de tipo terminológico, sino que las implicaciones prácticas diarias son totales en el sentido en que a través de la vía administrativa se está aplicando como una práctica regulada; en cambio el código penal prohíbe esa práctica a través del artículo 143 y ss.

Por lo cual consideramos que la decisión, en este caso de las autoridades del Ministerio de Salud, son correctas y es una política que evidencia criterios para garantizar la salud de la población, particularmente la de la mujer embarazada.

CAPÍTULO II. ANÁLISIS DEL TIPO OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL INJUSTO ABORTO

En el presente capítulo, se dará respuesta al segundo objetivo el cual es el analizar la figura del tipo de injusto de aborto contenido en el artículo 143 de nuestro Código Penal, ubicado bajo el Libro Segundo, de los Delitos y sus Penas, Título I, de los delitos contra la vida, la integridad física y la seguridad personal en su Capítulo II referido al aborto, manipulaciones genéticas y lesiones al no nacido, el cual será desarrollado desde la perspectiva de la teoría general del delito que tiene como objeto analizar y estudiar los presupuestos para la punibilidad de un comportamiento humano a través de una acción o de una comisión.³⁴

Para una mejor comprensión se abordará de manera individualizada cada uno de los elementos que forman la base de estudio de la teoría general del delito, los que están conformados por el tipo objetivo y subjetivo, y se encuentran integrados por un sujeto activo del delito, una acción típica, un bien jurídico tutelado, un objeto material, verbos rectores, elementos normativos, el dolo bajo sus distintas modalidades y la imprudencia.

1. Conceptualización del delito según la teoría del delito

La construcción del sistema de la teoría del delito requiere un punto de partida. Este punto de partida, según BACIGALUPO, es la infracción de un deber ético-social o la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico o interés social”.³⁵

Tanto la concepción del delito como infracción de un deber ético-social, como la que lo define como la lesión (o puesta en peligro) de un bien jurídico, requieren distribuir sus elementos en referencia a dos momentos diferentes que condicionan la aplicación de la ley penal: 1) la comprobación de una grave perturbación de la vida social, y 2) la comprobación de la responsabilidad del autor.³⁶

La idea del delito como infracción de deber estimará que hay una grave perturbación de la vida social cuando se infrinja una norma sin autorización (ilícito = infracción de una

³⁴ PLASENCIA VILLANUEVA, Raúl, “*Teoría del delito*”, 3a ed., reimp, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 15.

³⁵ BACIGALUPO, Enrique, “*Manual de Derecho Penal parte general*”, 3a reimp. Bogotá, Colombia, Editorial Temis S.A., 1996, pp. 68-69.

³⁶ *Ibidem*, p.69.

norma que estatuye un deber ético-social); a su vez considerará que el autor es responsable si ha obrado contra el deber pudiendo hacerlo de acuerdo con él (responsabilidad = culpabilidad).³⁷

MUÑOZ CONDE, define el delito bajo una doble perspectiva que, por un lado, se presenta a) como un juicio de desvalor que recae sobre la conducta; y, por otro, b) como un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho. Al primer juicio de desvalor se le llama ilicitud o antijuricidad. Al segundo, culpabilidad.³⁸

Observamos que ambos puntos de vista han conducido a que la definición del delito se reduce a una “*acción típica, antijurídica y culpable*” (en ambos casos puede discutirse si debe o no introducirse además el elemento *punibilidad*).

Nuestro Código Penal, por su parte, establece la definición legal de delito en el artículo 21, el cual denota que: “*son delitos o faltas las acciones u omisiones dolosas o imprudentes calificadas y penadas en este código o en leyes especiales*”.³⁹

Es decir, las conductas activas u omisivas típicamente antijurídicas. Será necesaria la remisión a otros preceptos del Código Penal para encontrar la exigencia de culpabilidad, así, por ejemplo, el art. 34.1, por lo que podemos afirmar que de acuerdo a la regulación o definición que de delito hace el legislador nicaragüense el elemento culpabilidad es un requisito del sujeto no un elemento propio de la definición de delito.

2. Análisis del tipo penal del injusto de aborto en base a la teoría del delito

Una vez abordada la transcendencia de la conceptualización de “*delito*” bajo la óptica de la Teoría del Delito, procederemos al análisis de los elementos del tipo objetivo y subjetivo del tipo de injusto contenido en el artículo 143 de nuestro Código Penal referido al tipo aborto, artículo que encasilla el objeto de nuestra investigación debido a las particularidades que se encuentran en él en contraste con las demás tipificaciones que del aborto se realiza en su acápite correspondiente referido al mismo, tales como “*aborto sin consentimiento (con*

³⁷ *Ídem*.

³⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes, “*Derecho Penal parte general*”, 8va ed., Editorial tirant lo blanch, Valencia, 2010, pp. 201-202.

³⁹ Nicaragua, “*Ley No. 641, Código Penal*”, En La Gaceta, Diario Oficial, de 5, 6, 7, 8 y 9 de mayo de 2008, No 83, 84, 85, 86 y 87.

violencia) y aborto imprudente (imprudencia temeraria)”. Para ello, consideramos preciso incorporar literalmente el precepto del tipo en cuestión el cual establece lo siguiente:

Artículo 143 Aborto: “*Quien provoque aborto con el consentimiento de la mujer será sancionado con la pena de uno a tres años de prisión. Si se trata de un profesional médico o sanitario, la pena principal simultáneamente contendrá la pena de inhabilitación especial de dos a cinco años para ejercer la medicina u oficio sanitario.*”

A la mujer que intencionalmente cause su propio aborto o consienta que otra persona se lo practique, se le impondrá pena de uno a dos años de prisión”.⁴⁰

2.1. Bien jurídico tutelado

ARÁUZ ULLOA⁴¹ establece que cuando se habla de bien jurídico protegido o tutelado se hace referencia a dos cosas, la primera a un objeto valioso⁴² y por ese valor que se les ha incorporado merece protección jurídica; por otro lado, al objeto que efectivamente es protegido o tutelado por el Derecho.

BACIGALUPO establece que la lesión de un bien jurídico sería entonces el contenido esencial de la infracción del orden jurídico que se caracteriza como delito. Pero, el concepto de bien jurídico es particularmente discutido, en la medida en que bienes jurídicos sean aquellas situaciones o valores en que el legislador quiera proteger, prácticamente todo delito, es decir, toda amenaza de pena referida a un comportamiento determinado protegerá un bien jurídico que será lisa y llanamente la finalidad perseguida por el legislador.⁴³

Por lo tanto, el bien jurídico puede ser definido como un interés vital que preexiste al ordenamiento normativo, pues tales intereses no son creados por el derecho penal, sino que este los reconoce, y, mediante ese reconocimiento, es que esos intereses vitales son bienes jurídicos.⁴⁴

⁴⁰Nicaragua, “Ley No. 641, Código Penal”, en La Gaceta, Diario Oficial, de 5, 6, 7, 8 y 9 de mayo de 2008, No 83, 84, 85, 86 y 87.

⁴¹ ARÁUZ ULLOA, Manuel, “El bien jurídico protegido”, Revista de Derecho UCA, [en línea], [consultado el 19/08/21], p.1, disponible en: <http://www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/view/1526/1331#:~:text=Con%20la%20expresi%C3%B3n%20bien%20jur%C3%ADdico,PENA%20dal%20hablar%20de%20bien.>

⁴² *Ibidem*, p.1.

⁴³ BACIGALUPO, Enrique, “Óp. cit.”, 1996, p. 9.

⁴⁴ KIERSZENBAUM, Mariano, “El bien jurídico en el Derecho Penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”, editorial Lecciones y Ensayos, Facultad de Derecho U.B, Buenos Aires, Argentina, 2009, pp. 187-211.

El Derecho Penal no crea bienes jurídicos, sino que se limita a sancionar con una pena las conductas que lesionan bienes jurídicos. Estos bienes jurídicos son creados en algunos casos por el Derecho Constitucional, algunos tienen el rango constitucional como la vida, la salud y la propiedad.⁴⁵

El bien jurídico protegido del tipo aborto del artículo transcrito con anterioridad es fundamentalmente, la vida del nuevo ser durante el embarazo. Se distinguen varias teorías o planteamientos respecto al establecimiento del bien jurídico protegido, siendo no únicamente la vida del nuevo ser durante el embarazo.

Uno de dichos planteamientos es el denotado por el autor BLANCO ORTÉS⁴⁶ quien plantea lo siguiente:

El bien jurídico protegido en el delito de aborto es la vida prenatal, vida en formación, nasciturus y vida humana dependiente⁴⁷ del que está por nacer. A su vez según la corriente doctrinaria española postulada por BLANCO ORTES se protege en la mujer, el bien jurídico protegido que va desde su vida hasta su libertad y dignidad. Dicho autor plantea que el Estado forma parte de estos sujetos a los que se les protege dichos bienes jurídicos en el delito de aborto, esto es debido a consecuencia del perjuicio causado al interés demográfico del mismo, que según el autor esto ocurre en los sistemas totalitarios.

La corriente doctrinaria chilena planteada por PAVEZ CORTÉS ubica como bien jurídico protegido en el delito de aborto la vida y la salud de toda persona (mujer embarazada y feto). Esta corriente contempla toda vida ya que considera los procesos biológicos que ocurren y la relación de dependencia del no nacido con la mujer embarazada. Toda vez que el producto de la concepción necesita residir en el útero hasta que termine su proceso de

⁴⁵ *Ídem*.

⁴⁶ BLANCO ORTÉS, Aitor, “*El delito de aborto historia, estudio de la última reforma por lo 11/2015 y Derecho Comparado*”, Alcalá de Henares, [en línea], 2016, [consultado el 19/08/21], p. 45, disponible en: <https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/31963/TRABAJO%20DE%20FIN%20DE%20M%C3%81STER.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

⁴⁷ UZCÁTEGUI, Ofelia, “*Derechos del no nacido*”, Rev. Obstet Ginecol Venez, [en línea], 2013, [consultado el 09/11/21], pp.77-79, disponible en: <http://ve.scielo.org/pdf/og/v73n2/art01.pdf>. El no nacido, es el ser humano en el período de su vida que va desde el momento de la concepción (fecundación) hasta el momento de su nacimiento y se desarrolla en las etapas diferenciadas de embrión y feto. Es decir, que se considera embrión en el momento de la fecundación del ovocito y el espermatozoide y feto es el ser humano a partir del tercer mes del embarazo hasta el momento de nacer.

desarrollo biológico depende de la mujer embarazada, existiendo por tanto una estrecha vinculación de ambos.⁴⁸

Asimismo, dicha corriente contempla que la mujer es titular de una serie de derechos reproductivos que se fundan en un conjunto de derechos y libertades civiles (vida privada; libertad individual; información) y sociales (salud; bienestar), en el marco de los cuales la interrupción voluntaria del embarazo es una intervención que, sin ser en absoluto deseable, forma parte de las opciones reproductivas que tiene la mujer embarazada.⁴⁹

La corriente chilena contempla de igual forma que la corriente española, respaldada por BLANCO ORTÉS, el interés demográfico del Estado⁵⁰ y añade una nueva postura llamada el derecho de los padres a tener descendencia; es decir que el bien jurídico protegido por el delito de aborto implicaría, según esta posición, la protección del derecho de las personas de tener a un hijo; esto es, que producto del embarazo nazca un nacido vivo. Impedir dicha situación, a través de un ataque al producto de la concepción, implicaría infringir el derecho a la descendencia de las personas.⁵¹

Ahora bien, nuestro Código Penal nicaragüense ubica el delito de aborto en el Libro Segundo de los delitos y sus penas, Título primero de delitos contra la vida, la integridad física y seguridad personal en su Capítulo II sobre aborto, manipulaciones genéticas y lesiones al no nacido. De acuerdo con la sistemática plasmada en nuestro código penal, podemos decir que el bien jurídico protegido por nuestra legislación penal, es la vida dependiente es decir el que está por nacer.

Dicho bien jurídico, con rango constitucional, por estar tutelado en nuestra Constitución Política en el artículo 23, al establecer que “*El derecho a la vida es inviolable e inherente a la persona humana*”.⁵² También encuentra respaldo y desarrollo normativo en

⁴⁸ PAVEZ CORTÉS, Belén, “*El delito de aborto: concepto y límites de la protección jurídico-penal del bien jurídico tutelado*”, Santiago, Chile, 2020, pp. 51-55.

⁴⁹ SAURA ESTAPÁ, Jaume, “*El estándar jurídico internacional sobre la interrupción voluntaria del embarazo: Reflexiones en perspectiva de derechos humanos*”, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2019, n. 37, p 31.

⁵⁰ PAVEZ CORTÉS, Belén, “*Óp. cit.*”, p, 57. Este interés demográfico por parte del Estado es entendido como el interés que este tiene en que el proceso del embarazo prosiga su curso normal y que a consecuencia de esté el producto de la concepción nazca vivo, pasando a ser vida humana independiente. De este modo, se conserva la especie humana y el mismo Estado persiste su existencia en el tiempo.

⁵¹ *Ibidem*, p 59.

⁵² El Financiero por Notimex, “*Antes de las 12 semanas, el embrión no es persona: experto de la UNAM*” [en línea], 2019, [consultado el 09/11/2021], disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/ciencia/antes-de-las-12-semanas-el-embrión-no-es-persona-experto-de-la-unam/>. El científico mexicano especializado en biología

el ordenamiento Civil que señala: que el feto debe ser considerado persona al establecer en el Libro I “De las Personas y De la Familia.” Título I el Capítulo I art.11 que “*Son personas por nacer las que están concebidas en el vientre materno*”. Esta disposición se ve reafirmada en el artículo 13 del mismo Código que dicta “*La ley protege la vida del que está por nacer. La autoridad, en consecuencia, tomará a petición de cualquiera persona, o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del que está por nacer siempre que crea que de algún modo peligrará*”.

Desde esta perspectiva, entendemos que el bien jurídico tutelado es la vida de las personas. Según nuestro ordenamiento civil el feto debe ser considerado persona, por tal merece y tiene derecho a ser protegido y amparado ante cualquier ataque o vulneración contra su vida.

2.2. Tipo de delito

MUÑOZ CONDE define al tipo como, la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal.⁵³

Por su parte ZAFFARONI plantea que el tipo penal es 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 decisiones jurídicas. Es una fórmula legal porque pertenece a la ley, está expresada en un texto legal; es necesario al poder punitivo formal para habilitarse, porque nunca se puede averiguar el carácter delictivo de una conducta sin fijarla antes mediante una prohibición: no tiene sentido preguntarse si actúa o no justificadamente quien aún no sabemos si hizo algo prohibido. Por ello, el tipo penal es lógicamente necesario.⁵⁴

Normalmente el Derecho Penal determina las consecuencias jurídicas del delito por medio de los distintos tipos, adscribiendo una determinada pena a las distintas acciones descritas en ellos, teniendo en cuenta la importancia de los bienes jurídicos en juego (así, las penas más intensas se registran en los delitos contra la vida). Se presentan así los **tipos básicos** que asignan pena a la acción más simple que puede constituir dicho ataque (por lo que en la

evolutiva, Antonio Lazcano, aseguró que el producto del embarazo antes de la semana 12 de gestación no es una persona, ni siquiera en potencia, pues la placenta tiene el mismo contenido genético que el cigoto.

⁵³ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes, “*Óp. cit.*”, p. 252.

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro, “*Manual de Derecho Penal, Parte General*”, 2ª ed., editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, pp. 340-341.

jerga forense se los suele llamar delitos “simples”; p. ej., el hurto, el homicidio.) y los **tipos derivados o calificados**, en los que a aquella acción se suman circunstancias (referidas al autor, a los modos de la acción, a los medios empleados, etc.), que convierten el ataque en más peligroso o más reprochable, en cuyo caso estaremos ante **tipos agravados** (que contienen penas más graves que la determinada en el tipo básico), o en menos peligrosos o menos reprochables, dando lugar a los **tipos atenuados** (con penas más leves que las del tipo básico).⁵⁵

2.2.1. Tipo básico

Este tipo penal básico se ve reflejado en el precepto como, “*Quien provoque aborto con el consentimiento de la mujer será sancionado con la pena de uno a tres años de prisión*”, en el que se asigna pena a la acción tipificada hecha por el legislador. Es decir, este tipo básico establece los elementos esenciales de una conducta delictiva.

2.2.2. Subtipo Calificado o cualificado

Respecto al subtipo calificado o derivado, en el precepto se presenta de la siguiente manera: “*Si se trata de un profesional médico o sanitario, la pena principal simultáneamente contendrá la pena de inhabilitación especial de dos a cinco años para ejercer la medicina u oficio sanitario*”, debido a que añade uno o más elementos adicionales al tipo básico, es decir agrega ciertas cualidades o características al autor o la conducta .haciendo su realización más desvalorada, la cual es agravada por el legislador.⁵⁶

Es decir, el tipo de injusto contenido en el art. 143 también contiene un subtipo cualificado que debido a la introducción de un elemento adicional se intensifica el desvalor de la conducta.

2.2.3. Tipo Básico con tratamiento atenuando

Con respecto al segundo párrafo del precepto, se identifica un sub tipo básico, debido a que el legislador añade un elemento adicional a la conducta, con el verbo “causar”, como a su vez cambia al sujeto activo que interviene en ella, en contraste a lo contenido en el tipo básico del párrafo primero, dando como resultado dos conductas diferentes, pero sin cambiar

⁵⁵ CREUS, Carlos, “*Derecho Penal parte general*”, 3a ed. Actualizada y Ampliada, editorial ASTREA, Buenos Aires, Argentina, 1992, pp. 217-218.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 98.

el bien jurídico que es protegido, es decir que se protege al mismo bien jurídico a pesar que las conductas y los sujetos sean diferentes.

El primer supuesto típico de este subtipo castiga a *“la mujer que intencionalmente cause su propio aborto”*, el segundo supuesto típico castiga a la mujer que *“consentir (consienta⁵⁷) que otra persona se lo practique”*, siendo que esta conducta se encuentra también ya tipificada en el primer párrafo, y que deja por fuera el actuar directo de la mujer embarazada, el legislador tipifica nuevamente la conducta y sanciona ambos comportamientos con una pena menor que la del actuar del sujeto activo del primer tipo básico y del subtipo cualificado del párrafo primero; volviendo al supuesto típico contemplado en el segundo párrafo en un tipo básico con un tratamiento privilegiado o atenuado respecto del tipo básico contemplado en el párrafo primero.

2.3 Acción o conducta típica

En todo tipo hay una acción o conducta típica, entendida como comportamiento humano, que constituye el núcleo del tipo, su elemento fundamental. La conducta típica viene descrita generalmente como verbo (en este caso concreto “provocar”, “causar” y “consentir”), que puede indicar una acción positiva o una omisión. Se debe aclarar, que la acción típica ya no es simplemente una acción humana general, sino una conducta tipificada⁵⁸; consistiendo en este caso la acción o conducta típica en provocar, causar o consentir, según la fórmula utilizada por el legislador para describir el núcleo de la conducta típica *“Quien provoque aborto (...)” “... la mujer que intencionalmente cause su propio aborto o consienta que otra persona se lo practique...”*.

2.4. Verbo rector o núcleo de la conducta típica

El verbo rector es el que rige la oración gramatical llamada tipo, es de advertir que un tipo penal siempre tiene verbo rector, si un tipo penal solo tiene un solo verbo rector se le denomina verbo rector elemental y será compuesto cuando tenga más de uno. El tipo penal

⁵⁷ El paréntesis no aparece en el original, se ha introducido por los autores de la investigación a efectos de lograr la mayor claridad expositiva.

⁵⁸ ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José, *“Manual de Derecho Penal Parte General”* Conforme al Proyecto de Código Penal de la República de Nicaragua de 2003, [en línea], 2004, [consultado el 21/02/22], p.64, disponible en: <https://caj.fiu.edu/espanol/proyectos/nicaragua/manual-de-derecho-penal-nicaragua.pdf>.

compuesto puede ser compuesto disyuntivo o compuesto copulativo. Los primeros están separados por la letra “o” y los segundos llevan la letra “y”.⁵⁹

Respecto a los verbos rectores de esta acción típica, vemos que están integrados por verbos compuestos ya que hay más de uno en esta acción típica como los siguientes: provocar, consentir y causar.

Provocar es un verbo amplio omnicomprendido⁶⁰; es decir, que su significado es vasto que comprende o incluye todo. *Provocar*, según la RAE es definida como producir o causar algo; buscar una reacción de enojo en alguien irritándolo o estimulándolo con palabras u otros; excitar en alguien el deseo sexual⁶¹. La definición de *Provocar* que más se ajusta el precepto referido al *Aborto*, es “producir o causar algo”.

Por su parte, causar o consentir son verbos disyuntivos ya que se encuentran separados por la letra “o”, *a la mujer que intencionalmente cause su propio aborto “o consienta que otra persona se lo practique*. *Causar* según la RAE puede definirse como dicho de causa: producir su efecto; ser causa, razón y motivo de que suceda algo; ser ocasión o darla para que algo suceda⁶². En este sentido se podría decir que nuestra norma penal utiliza de forma indistinta el verbo provocar y causar, tal como sinónimos, debido a la misma significación que se presenta en ambas. O quizás, podría entenderse que, el verbo causar representa una inmediatez de actuación, el verbo provocar, en cambio, podría entenderse mucho más amplio, abarcador de una serie de conductas que desbordan la esfera inmediata individual de ahí que el legislador haya decidido su inclusión a efectos de lograr abarcar, cubrir, subsumir los diversos supuestos que en la práctica se puedan presentar. Político criminalmente es un planteamiento plausible.

De igual importancia, el verbo *consentir* según la RAE consiste en permitir algo o en condescender en que se haga.⁶³

⁵⁹ VEGA ARRIETA, Aroldo, “*El análisis gramatical del tipo*”, Revista unisimon, [en línea], 2016, [consultado el 15/11/21], p. 62, disponible en: <http://revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/view/773/761>

⁶⁰ RAE, “*omnicomprensivo*”, [en línea], [consultado el 15/11/21], disponible en: <https://dle.rae.es/omnicomprensivo>

⁶¹ RAE, “*provocar*”, [en línea], [consultado el 15/11/21], disponible en: <https://dle.rae.es/provocar>.

⁶² RAE, “*causar*”, [en línea], [consultado el 15/11/21], disponible en: <https://dle.rae.es/causar>.

⁶³ RAE, “*consentir*”, [en línea], [consultado el 15/11/21], disponible en: <https://dle.rae.es/consentir>.

2.5. Clasificación de los delitos por el daño causado

En atención al modo de afectación del bien jurídico tutelado, el injusto de aborto es un delito de lesión, puesto que depende que la realización de la acción produzca un resultado lesivo que le sea objetivamente imputable. En estos delitos se debe comprobar, para dar por acreditada la realización del tipo objetivo, no sólo la realización de la acción, sino también la producción de un resultado de lesión y la producción de ese resultado constituye la consumación formal del tipo. Debido a la existencia de este lapso de tiempo desde la realización de la acción hasta la producción del resultado, se admiten, daños o lesiones, intervenciones posteriores de terceros, del autor o de la propia víctima, que pueden ser dolosas, imprudentes o fortuitas, comisivas u omisivas y que pueden tener importantes consecuencias en la imputación del resultado pudiendo llegar incluso a condicionar la necesidad del castigo. Además, el resultado debe ser la proyección del daño o perjuicio que la acción creaba.⁶⁴

El delito de aborto es un delito de resultado y se consume en el momento en que se produce la destrucción del producto de la concepción, el aborto es por tanto un delito de lesión en el que es necesario que el resultado se produzca para que el delito se consume.⁶⁵

2.6. Omisión y comisión por omisión: deber de garante

Los delitos de comisión por omisión pueden definirse como *“la producción de un resultado penalmente típico que no fue evitado por quien pudo y debía hacerlo, es decir, por quien tenía la capacidad y el deber jurídico de actuar en evitación del mismo”*.⁶⁶

En los delitos de comisión por omisión, al omitente se le imputa el resultado sobrevenido, puesto que se trata de un delito de resultado cuya particularidad radica en que el resultado típico no se produce por una acción, sino al dejar de evitarse la omisión de una acción posible para el autor.⁶⁷

⁶⁴UNIVERSIDAD DE NAVARRA, El sistema español, Los delitos, Glosario, *“Delito de resultado y de mera actividad”*, [en línea], [consultado el 05/01/21], disponible en: <https://www.unav.es/penal/crimina/glosariportal.html>.

⁶⁵MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes, *“Óp. cit.”* p.78.

⁶⁶ARAÚZ ULLOA, Manuel, *“La omisión, comisión por omisión y posición de garante”*, Revista Académica de la Universidad Centroamericana, [en línea], [consultado el 10/05/22], p. 35, disponible en: <http://repositorio.uca.edu.ni/696/1/encuentro54articulo4.pdf>.

⁶⁷Ídem.

Los delitos de comisión por omisión se presentan como delitos especiales del autor porque en ellos (el omitente) no es una persona cualquiera, sino que tiene una posición de garante o deber especial con relación a la integridad del bien jurídico correspondiente.⁶⁸

Para afirmar la presencia de un delito de comisión por omisión se necesita que haya un deber jurídico de evitar el resultado, esto consiste en la posición de garante, en la cual, en determinadas situaciones una persona ha de garantizar con su actuación positiva (por ejemplo, de matar, lesionar, causar un aborto, etc.), la evitación de resultados lesivos para el bien jurídico protegido. Esto es, que se ha de impedir que se cause un mal, y para ello se ha de realizar la acción mandada en la norma (la acción esperada).⁶⁹

El legislador establece comisión por omisión en el artículo 23 del CP: *“Los delitos o faltas pueden ser realizados por acción u omisión. Aquellos que consistan en la producción de un resultado, podrán entenderse realizados por omisión sólo cuando el no evitarlo infrinja un especial deber jurídico del autor y equivalga, según el sentido estricto de la ley, a causar el resultado...”*.

En este artículo se regula la “comisión por omisión”, así como sus elementos esenciales, es decir: a) que se trate de delitos que consistan en la producción de un resultado; b) una equivalencia material y formal entre la acción y la omisión; y, c) existencia de posición de garante.⁷⁰

2.6.1. Comisión por omisión: deber de garante en el injusto de aborto en el caso que se presenten complicaciones obstétricas

En el injusto de aborto, en el supuesto que la vida de la mujer embarazada se encuentre en peligro a raíz de una complicación obstétrica, los sujetos activos, mujer embarazada y profesional médico, ostentan un deber de garante. En el caso de la mujer embarazada su deber de garante consiste en velar por la conservación del embarazo y la protección de la familia; y en el caso del profesional médico, su deber de garante radica en la protección de la vida y salud de su paciente.⁷¹

⁶⁸ *Ibidem*, p.36.

⁶⁹ ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CAUSSAC, José, *“Óp. cit.”* p. 78.

⁷⁰ *Ibidem*, pp.78-79.

⁷¹ Cuando no se presentase ningún tipo de causales que constituyan riesgo tanto para la mujer embarazada como para el feto, el médico o personal sanitario tiene como deber de garante la obligación de conservación del embarazo; es decir que, tanto el médico tratante de la mujer embarazada como la mujer embarazada misma son

El Código de Familia, en su artículo 38 referido a las obligaciones de los integrantes del núcleo familiar, establece que: “*Las personas que integran la familia, tienen la obligación de velar por la protección y conservación de ésta y promover el respeto e igualdad de derechos y oportunidades entre todas y todos sus miembros*”; y en su numeral “c” se indica el “*eficaz cumplimiento por los padres de sus obligaciones con respecto a la protección...de los hijos e hijas*”⁷². Es decir, que a través de este artículo se reconoce el derecho de la vida del no nacido (vida dependiente), como a su vez el deber de garante que tienen los padres frente al nasciturus.

Bajo la misma línea, el ordenamiento civil contempla este deber de garante, en su articulado 13, precisando la protección de la vida del que está por nacer; dando la potestad a las autoridades para que actúen en petición de cualquier persona, o de oficio, en todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del que está por nacer siempre que crea que de algún modo peligrará.⁷³

En el deber de garante los sujetos deben tener la capacidad y el deber jurídico de actuar para evitar un resultado penado, ya sea la producción de un daño o lesión, que al no evitarlo se incurriría en comisión por omisión. Así, por ejemplo, cuando la mujer embarazada sabiendo que necesita realizarse los correspondientes chequeos de control de su embarazo, aún más cuando presente algún tipo de disrupción o trastorno en el embarazo que constituya una complicación obstétrica que necesita ser tratada y omita realizarse los mismos, incurrirá en comisión por omisión porque con su conducta omisiva incrementa la posibilidad de que se produzca un lesión o daño al nasciturus, debido a que ostenta una posición de garante con el nasciturus.

Ahora bien, incurrirá en comisión por omisión el profesional médico que, teniendo el deber de garante de salvaguardar la vida y salud de su paciente, niegue la correspondiente atención terapéutica a la embarazada que presente complicaciones obstétricas e impliquen un

reconocidos por el sistema jurídico como sujetos con una responsabilidad especial en la conservación del embarazo como parte de la protección del nasciturus dada por la ley.

⁷² Nicaragua, “*Ley No. 870, Código de Familia*”, en La Gaceta, Diario Oficial de 8 de octubre de 2014, No. 190, [en línea], [consultado el 21/02/22], disponible en: https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/102158/123413/F39376266/LEY%20870%20NICARA_GUA.pdf.

⁷³ Nicaragua, “*Código Civil de la República de Nicaragua*”, en La Gaceta, Diario Oficial de 11 de diciembre de 2019, No. 236, artículo 13, [en línea], [consultado el 21/02/22], disponible en: <http://digesto.asamblea.gob.ni/consultas/utl/pdf.php?type=rdd&rdd=yvWGLICOcdU%3D>.

daño o una lesión a sus bienes jurídicos vida y la salud, siendo el único medio la interrupción del embarazo, por el hecho, que, si realiza esta acción, sería sancionado por el injusto de aborto en comisión por omisión.

2.7. Sujetos de la conducta típica

Al Derecho Penal le interesan las conductas humanas. De modo que las normas penales, al describir las conductas típicas, lo hacen necesariamente refiriéndose al sujeto activo de las mismas, pues no puede hablarse de conducta humana sin un sujeto que la realice⁷⁴. Por tanto, el Derecho Penal castiga a los sujetos que infringen las normas y protege a los sujetos cuyos bienes jurídicos se han visto vulnerados, es decir a los sujetos pasivos de la conducta típica.

2.7.1. Sujeto activo

MUÑOZ CONDE en su libro de Teoría General del Delito plantea que el delito como obra humana siempre tiene un autor, aquél que precisamente realiza la acción prohibida u omite la acción esperada, normalmente en la tipificación del tipo se alude a dicho sujeto con expresiones impersonales como “*el que*” o “*quien*”; el sujeto activo del delito puede ser cualquier persona (delitos comunes) o determinada persona que cumpla con cierta cualidad que por su condición no la presenta cualquier sujeto (delitos especiales), con la salvedad que después el sujeto pueda o no ser responsable del delito en cuestión dependiendo de que se dé o no una causa de rusticación y de que tenga o no las facultades psíquicas mínimas necesarias para la culpabilidad.⁷⁵

El tipo contemplado en el artículo 143 del Código Penal referido al aborto consta de dos párrafos. En el primero el precepto identifica un tipo básico, en el cual el sujeto activo puede ser cualquier persona ya que el legislador utiliza el vocablo “*quien*”; estando en presencia de un *delito común*, debido a que no se requiere ningún tipo de cualificación del sujeto para la comisión del delito. Este tipo básico es sucedido por un subtipo cualificado el cual requiere para el sujeto activo una cualificación o condición ser “*profesional médico o*

⁷⁴ ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José, “*Óp. cit.*” p. 97.

⁷⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes, “*Óp. cit.*”, p. 259.

sanitario”, por lo tanto, es un *delito especial impropio*⁷⁶ al tener relación con un delito paralelo común contenido en el mismo párrafo.

Con respecto a la figura de “*profesional médico o sanitario*” el legislador ha establecido elementos normativos para describir a estos sujetos, los cuales requieren para su comprensión el conocimiento, entendimiento de su alcance y significado de alguna norma jurídica, social, ética o ético-social, entre otras, a la que el elemento está remitiendo. Es decir, que son aquellos en los que no pueden ser percibidos sólo mediante los sentidos, y no suponen una valoración, pudiendo a veces limitarse a definir o regular un hecho, persona, objeto, entre otros.⁷⁷

La significación de la figura del profesional médico o sanitario ha de encontrarse en la Ley No. 295 en su artículo 3: “*Son profesionales de la salud, los médicos, enfermeras, nutricionistas, trabajadores sociales, administradores de servicios de salud o cualquier otro profesional que realice acciones de promoción, protección, prevención, curación y rehabilitación de salud. Son agentes de salud las personas que trabajan en un servicio de salud, ya sea profesional o no, incluyendo trabajadores voluntarios*”.⁷⁸

Esta definición es congruente con la doctrina médica, que llama profesional de salud a cualquier persona que ha completado un curso de estudio en el campo de la salud como medicina, fisioterapia, enfermería, farmacia, entre otras, el cual debe de estar autorizado por una agencia gubernamental o certificada por una organización profesional.⁷⁹

Ahora bien, en el segundo párrafo del artículo 143, el cual constituye un subtipo básico con tratamiento atenuado, se identifica un “*delito especial impropio*”, ya que el sujeto activo tiene que presentar dos condiciones para realizar la acción típica, esto es, ser una mujer, y estar en estado de gravidez.

⁷⁶*Ídem*. Los delitos especiales impropios tienen correspondencia con uno común, pero la realización por determinadas personas hace que éste se convierta en un tipo autónomo distinto, con punición también distinta.

⁷⁷ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “*Lecciones de Derecho Penal Parte General*”, 3ª ed. Ampliada y revisada, Editorial UCA, Managua, Nicaragua, 2017, p. 264.

⁷⁸ Nicaragua, “*Ley No. 295, Ley de promoción, protección y mantenimiento de la lactancia materna y regulación de la comercialización de sucedáneos de la leche materna*”, en La Gaceta, Diario Oficial de 28 de junio de 1999, No. 122, [en línea], [consultado el 15/11/21], disponible en: [http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/\(\\$All/78AC25EE0A85178E06257242005B177B?OpenDocument#:~:text=%2D%20La%20presente%20Ley%20tiene%20por,una%20informaci%C3%B3n%20apropiada%2C%20cuando%20estos.](http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/($All/78AC25EE0A85178E06257242005B177B?OpenDocument#:~:text=%2D%20La%20presente%20Ley%20tiene%20por,una%20informaci%C3%B3n%20apropiada%2C%20cuando%20estos.)

⁷⁹CLINIC CLOUD, “*Tipos de profesionales de la salud*”, [en línea], [consultado el 15/11/21], disponible en: <https://clinic-cloud.com/blog/tipos-de-profesionales-de-la-salud-cuales-son/>.

2.7.2. Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo es el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito, pudiendo ser este una persona física, individual o jurídica; aquel a quien se designa como víctima del delito⁸⁰, es decir, sobre quien recae el daño o perjuicio causado por la conducta del sujeto activo.⁸¹ Por lo tanto, en el delito de Aborto, el sujeto pasivo, es el no nacido.

2.8. Objeto material

Por objeto material se entiende la cosa o la persona sobre la que se produce el delito. A diferencia del sujeto pasivo, el objeto material puede ser tanto el hombre como las cosas, en cuanto uno o las otras constituyen la materia sobre la que recae la actividad física del culpable⁸². Es decir que dicho objeto material es sobre el cual recae directamente el daño o peligro causado por la conducta penalmente reprochable.

En el delito de Aborto, tanto el sujeto pasivo como el objeto material recaen en el producto de la concepción, con el requisito, que, en el objeto material, este debe estar con vida en el momento de llevarse a cabo la acción típica⁸³. Al respecto, GONZÁLEZ RUS indica que no se dará el aborto por falta de objeto material cuando el feto esté muerto o no exista viabilidad intrauterina, se haya expulsado el fruto no viable de la concepción, o se dé la mola⁸⁴, que se trata de un óvulo fecundado que se hace parásito en el organismo materno.⁸⁵

⁸⁰ FONTAN BALESTRA, Carlos, *“Derecho Penal Introducción y Parte General”*, editorial ABELEDO-PERROT, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 185.

⁸¹ GUTIERREZ PÉREZ, Amado, *“El aborto procurado un delito vigente pero no positivo en Guatemala”*, Universidad de San Carlos, [en línea], 2005, Guatemala, [consultado el 15/11/21], p. 4, disponible en: http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_6008.pdf.

⁸² FONTAN BALESTRA, Carlos, *“Óp. cit.”*, p.186.

⁸³ GUTIERREZ PÉREZ, Amado Salomón, *“Óp. cit.”*, p.6.

⁸⁴ MAYO CLINIC, *“Embarazo Molar”*, [en línea], [consultado el 15/11/21], disponible en: <https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/molar-pregnancy/symptoms-causes/syc-20375175>. “Un embarazo molar, también conocido como *“mola hidatiforme”*, es una complicación poco frecuente del embarazo caracterizada por el crecimiento anormal de trofoblastos, las células que normalmente se convierten en la placenta. En un embarazo molar puede haber un feto, pero no hay posibilidades de que sobreviva, y, por lo general, se produce un aborto al principio del embarazo. Un embarazo molar puede tener complicaciones graves, entre ellas una forma de cáncer poco frecuente, y requiere tratamiento temprano”

⁸⁵ BLANCO ORTÉS, Aitor, *“Óp. cit.”* p. 45.

3. Tipo Subjetivo

En los injustos dolosos sólo se requieren, en el ámbito subjetivo, la presencia del dolo, es decir, la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo. Cuando coinciden el tipo objetivo y el tipo subjetivo se da la congruencia perfecta, que normalmente existe en el delito doloso consumado. Sin embargo, en algunos delitos específicos se requiere, además, para constituir el tipo de injusto, la presencia de especiales elementos de carácter subjetivo, los cuales no coinciden con el dolo; se trata de especiales tendencias o motivos que el legislador exige en algunos casos, aparte del dolo, para constituir el tipo de algún delito, como lo es la intención o el ánimo. Algunas veces el elemento subjetivo consiste en un especial móvil o tendencia que no pertenece al tipo de injusto, sino al de la culpabilidad.⁸⁶

Los aspectos subjetivos hacen referencia a la actitud psicológica del autor del delito, a esto se llama tipo subjetivo; dentro de este se analiza el dolo y la imprudencia en sus diferentes manifestaciones. NAVARRETE considera que se trata de un conjunto de condiciones vinculadas a la finalidad y al ánimo del sujeto activo que tiene la virtud de imprimir significación personal a la comisión del hecho, superando así, la mera acusación material objetivamente demostrada. El hecho representa el acontecimiento de una persona que quiere y conoce, la perpetración del acto y, a veces, se agrega un ánimo específico e, incluso con un ingrediente tendencial en el sujeto.⁸⁷

3.1. Dolo

De acuerdo a un planteamiento mayoritario el dolo se caracteriza como *saber y querer*; es decir, que el dolo tiene un aspecto de conocimiento (intelectual) y otro de voluntad (volitivo o conativo), toda vez que para querer realizar algo siempre es necesario poseer ciertos conocimientos. Los actos de conocimiento y de resolución son anteriores a los actos de acción, pues éstos presuponen un conocimiento que permita tomar una resolución terminada. Dado que el dolo es la finalidad tipificada, ésta es lo que da sentido a la unidad

⁸⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. “*Óp. cit.*”, pp. 277-278.

⁸⁷ VALAREZO TREJO, Ermen; VALAREZO TREJO, Ricardo; DURÁN OCAMPO, Armando, “*Algunas consideraciones sobre la tipicidad en la teoría del delito*”, Revista Científica de la Universidad de Cienfuegos Universidad y Sociedad, [en línea], 2019, vol. 11, n. 1, [consultado el 15/03/22], p. 335, disponible en: <http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v11n1/2218-3620-rus-11-01-331.pdf>.

del conocimiento. Sin conocimiento no hay finalidad, aunque puede haber conocimiento sin finalidad.⁸⁸

Según su aspecto volitivo (o conativo)⁸⁹ el dolo se distingue tradicionalmente en: dolo directo de primer grado, dolo indirecto o necesario y dolo eventual.

3.1.1. Dolo Directo

Es aquél en el cual el autor quiere la típica violación del mandato y hacia ella dirige su conducta (quiere el resultado o la actividad con la que consume el delito); quiere matar, defraudar, apoderarse de la cosa ajena, etcétera⁹⁰. Es decir, hay dolo directo cuando la intención del sujeto, aquello que pretendía, coincide con el resultado de la acción realizada (perseguía apropiarse del reloj de la víctima y con su actividad lo logra), en este caso hay esa coincidencia entre la voluntad del sujeto, lo que quería lograr y el efecto alcanzado.⁹¹

En el dolo directo no tiene trascendencia el conocimiento del autor sobre la mayor o menor probabilidad que tenía su acción de plasmarse en tal resultado. Si el sujeto quería apoderarse del reloj, aunque hubiera sabido que era mínima la alternativa de que lo lograra, el dolo siempre existe. Se piensa que el legislador exige esta clase de dolo cuando emplea términos como “*maliciosamente*”, “*a sabiendas*”, de “*propósito*”, o semejantes. Lo que se requiere es que el tipo exija una equivalencia entre la intencionalidad del autor y el resultado de la acción. La mayor o menor posibilidad con que el sujeto represente el éxito de su acción es algo secundario.⁹²

3.1.2. Dolo indirecto o necesario

Es aquel en el cual el autor, dirigiendo su acción hacia una determinada violación típica del mandato, conoce que, al realizarla, necesariamente producirá otros hechos antijurídicamente típicos; en otras palabras, el autor, queriendo un resultado típico que

⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “*Óp. cit.*” p. 404.

⁸⁹ CHANG KCOMT, Romy, “*Dolo Eventual e Imprudencia Consciente: reflexiones en torno a su delimitación*”, Revista Derecho & Sociedades, [en línea], n. 36, [consultado el 22/0222], p. 265, disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/13232/13843/>. El aspecto volitivo consiste en la voluntad de realizar la conducta típica; es decir, el querer realizar todos los elementos del tipo objetivo del que se tiene conocimiento.

⁹⁰ CREUS, Carlos, “*Óp. cit.*”, p. 249.

⁹¹ GARRIDO MONTT, Mario, “*Derecho Penal, Parte General*”, Tomo II Nociones fundamentales de la teoría del delito”, 3a ed., Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2003, pp. 78-79.

⁹² *Ídem.*

procura por determinados modos o medios, sabe que éstos determinarán, necesariamente, la producción de otros resultados típicos, con lo cual también quiere estos últimos; por ejemplo: quiere matar a Alicia, colocando un explosivo en la aeronave en que viaja, sabiendo que con ello necesariamente producirá la muerte de los otros pasajero.⁹³

En realidad, es un dolo que en el aspecto volitivo tiene la misma naturaleza que el anterior, sólo que se trata de un querer por extensión apoyado en el conocimiento de la influencia del proceso causal en el mundo exterior.⁹⁴

3.1.3. Dolo Eventual

Dolo eventual es el que se presenta cuando el autor, realiza la conducta pese a reconocer como posibilidad que con ella se produzca o realice el tipo penal, y si bien no lo desea, actúa a sabiendas de esa posibilidad y ello significa que acepta o cuenta con que ello suceda.⁹⁵

Un ejemplo de dolo eventual es el supuesto en el que un sujeto con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado del embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.

3.1.4. Dolo en el Delito de Aborto

En el tipo penal aborto identificamos que el actuar de los sujetos coinciden en las conductas descritas en el dolo directo. En este supuesto, la mujer embarazada, el personal sanitario y/o el tercero, tienen conciencia del alcance y trascendencia del consentimiento que se ha otorgado para la interrupción del embarazo el cual causará la muerte del producto, es decir, que los sujetos tienen conciencia que su actuar constituye una conducta típica, antijurídica y; a pesar de ello, ejecutan la acción en busca de un resultado.

El injusto de aborto admite la modalidad imprudente en el artículo 145 del Código Penal, que cita: “*Quien por imprudencia temeraria ocasione aborto a una mujer, será castigado con pena de seis meses a un año de prisión; si el hecho se produce con ocasión*

⁹³CREUS, Carlos, “*Óp. cit.*”, p. 249.

⁹⁴ *Ídem.*

⁹⁵CIJUL, “*Dolo Eventual*”, Universidad de Costa Rica, [en línea], [consultado el 13/05/22], p.3, disponible en: <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=MTIOMw==..>

del ejercicio de la profesión de la salud, se impondrá además la pena de inhabilitación especial de uno a cuatro años. La embarazada no será penada al tenor de este precepto”⁹⁶.

En el injusto de aborto se castiga quien actúe con imprudencia temeraria, la cual consiste en la omisión de elementales normas de cuidado que cualquier persona debe observar y guardar en los actos de la vida ordinaria, o en la omisión de la diligencia que resulte indispensable en el ejercicio de la actividad o profesión que implique riesgo propio o ajeno, viniendo a constituir, en definitiva, una forma de culpabilidad que limita con el dolo eventual.⁹⁷

Este tipo de injusto es un delito de resultado de lesión, donde la conducta debe producir un daño o una lesión, por lo tanto, los delitos imprudentes sólo se castigan cuando se consuma la acción. Al igual que en el injusto de aborto tipificado en el artículo 143, el bien jurídico que se protege es la vida del nasciturus, el objeto material y el sujeto pasivo puede ser tanto el feto como la mujer embarazada, con la excepción que, si se causare una lesión a la mujer embarazada, se incurriría a un delito de lesiones y no sería penalizada dicha conducta por el injusto de aborto imprudente, sino por el delito de lesiones.

4. Conclusión

Como conclusión podemos señalar, una vez analizada la estructura típica objetiva y subjetiva del injusto aborto contenido en el artículo 143, que el legislador ha considerado político criminalmente prohibir cualquier forma de interrupción del embarazo sin tomar en consideración las causas que lleven a esta decisión, pudiendo ser una de ellas la interrupción del embarazo por complicaciones obstétricas. Como era permitido en el anterior código derogado donde se establecía un precepto que se podía considerar como eximente para practicar el aborto terapéutico.

En el tipo penal aborto, el bien jurídico protegido es la vida dependiente; es decir, la vida del no nacido. Su estructura penal se encuentra conformada por un tipo básico, un subtipo cualificado y subtipo básico con tratamiento atenuado.

⁹⁶ Este tipo penal se realiza sin el consentimiento de la mujer y por esta razón la mujer embarazada no es penalizada al tenor de este artículo, ya que si ella hubiera brindado su consentimiento se tipificaría bajo el tipo penal aborto del artículo 143.

⁹⁷ GUTIÉRREZ ARANGUREN, José Luis, “*La imprudencia profesional*”, Lecciones de Derecho Sanitario, [en línea], [consultado el 13/05//22], p. 402, disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/61907445.pdf>.

La acción típica que se castiga en este injusto es “*provocar*”, “*causar*” y “*consentir*” aborto. En cuanto a ello, el verbo provocar tiene una significación más amplia que los demás, que no implica la realización inmediata del hecho que da el resultado, a diferencia del verbo causar que requiere una inmediatez; por su parte, el consentir refiere a la mera acción de permisión que emplea la mujer a que un tercero le practique un aborto. Lo que da lugar a un adelantamiento de las barreras punitivas, al castigarse una conducta que pertenece a la autoría, participación o cooperación necesaria, al impedir el legislador que se realice la interrupción del embarazo solo con el hecho de brindar el consentimiento.

Al ser un delito de resultado de lesión el injusto de aborto, admite la comisión por omisión. En este injusto tanto el médico como la mujer embarazada tienen deber de garante. Debido, precisamente, a la importancia de ese deber de garante del médico y la madre que hacen de barrera de contención para evitar que se produzca un resultado lesivo, si se omite este deber y se produce el resultado lesivo se podría considerar que esta conducta es estructuralmente equivalente a la comisión activa de ese resultado del hecho punible; esto significa que no basta con cumplir el deber de garante, sino que debe ir esa equivalencia fundamental, además que así se expresa y se establece literalmente en el artículo 23 CP.

En cuanto a los sujetos activos en la conducta típica, identificamos tres diferentes sujetos; en el primer párrafo, un delito común en el que el sujeto puede ser cualquiera. En el segundo apartado, se contempla un delito especial impropio al establecerse una calificación especial para el sujeto, ser un profesional médico o sanitario; por último, en el segundo párrafo, se acoge de la misma forma un delito especial impropio, debido que el sujeto también requiere una calificación especial, es decir, ser mujer embarazada. A su vez se determinó que, tanto el sujeto pasivo como el objeto material es el producto de la concepción, es decir el nasciturus.

Por otro lado, con respecto al tipo subjetivo, el núcleo de la conducta admite la modalidad de comisión dolosa, debido a que se infiere de los verbos de la conducta típica utilizados para describir la misma. Asimismo, en el injusto de aborto se admite una modalidad imprudente la cual se encuentra tipificada en el articulado 145 CP cuando el sujeto actúe con imprudencia temeraria.

CAPÍTULO III. EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL: CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD

1. Eximentes de responsabilidad penal

La palabra “eximentes” alude a las circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal por estar amparados en una causa de justificación (entiéndase aquellas circunstancias eximentes que, por determinadas razones excluyen la antijuridicidad o ilicitud de una conducta que en principio es típica) o en una de inimputabilidad (son hechos que absuelve al sujeto en el juicio de reproche porque destruyen el dolo o la imprudencia).⁹⁸

El tema de las eximentes de responsabilidad penal cuenta con dos corrientes doctrinarias, una corriente de unanimidad que consiste en concentrar bajo este término tanto las causas de justificación y las causas de inimputabilidad; por otro lado, la corriente separatista las cuales divide a las causas de justificación y las causas de inimputabilidad, considerando que deberían definirse y clasificarse de manera independiente.

Los doctrinarios suscriptores de la corriente separatista son, entre algunos, el criminalista VAN HAMEL en Holanda que diferencia las eximentes en dos categorías, empleando una técnica que asemeja la empleada por algunos alemanes: causas de justificación y causas de exclusión de la imputabilidad. En España el penalista SILVELA trata el problema con acierto, y distingue las causas de justificación, las de inimputabilidad o no imputabilidad y las otras causas o motivos mediante los cuales no se impone pena, que pueden llamarse excusas absolutorias.⁹⁹

Por su parte, los suscriptores de la teoría de unanimidad son, en Francia, el escritor LE SELLYER quien expone sin método y sin diferenciaciones las diferentes causas eximentes, tanto las justificantes como las de inimputabilidad bajo el epígrafe de la segunda sección del capítulo primero: de los casos en que, aun cuando el hecho material exista y se

⁹⁸GAVIRIA TRESPALACIOS, Jaime, “*La inimputabilidad: concepto y alcance en el código penal colombiano*”, Revista Colombiana de Psiquiatría, Colombia, [en línea], 2005, vol. 34, [consultado el 19/01/22], disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-74502005000500005. Esta condición personal del sujeto le impide actuar con culpabilidad dolosa, culposa o preterintencional, ya sea por carencia de conciencia plena de la antijuridicidad de su acción u omisión, o ya sea por inexistencia de libertad para comportarse lícita o ilícitamente, presupuestos sin los cuales no es posible imputar a una persona una conducta típica y antijurídica desde una de las modalidades de culpabilidad, ni endosarle una responsabilidad penal.

⁹⁹JIMENEZ DE ASÚA, Luis, “*Lecciones de Derecho Penal*”, Tomo 7, editorial Harla, México, 1997, p. 186.

ha declarado existente, no hay ni crimen ni delito ni contravención y por consecuencia ni imputabilidad, ni pena, ni siquiera, a veces, responsabilidad civil.¹⁰⁰

Nicaragua es suscriptor de la corriente de unanimidad ya que no define, clasifica ni divide las causas de justificación y las de inimputabilidad, solo las enumera en 11 incisos sin distinción alguna.¹⁰¹

¹⁰⁰ *Ídem.*

¹⁰¹ Nicaragua, “*Ley No. 641, Código Penal*”, en La Gaceta, Diario Oficial, de 5, 6, 7, 8 y 9 de mayo de 2008, No 83, 84, 85, 86 y 87, Art. 34:

1. Al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier alteración psíquica permanente o transitoria, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.
2. Al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de perturbación que le impida apreciar y comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, siempre que el estado de perturbación no haya sido buscado con el propósito de cometer un delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.
3. Por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.
4. Obre en legítima defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes.
 - a. Agresión ilegítima; en caso de defensa de los bienes se considerará agresión ilegítima, el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de agresión ilegítima a la morada y sus dependencias, se considerará la entrada indebida en una u otras;
 - b. Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión;
 - c. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.
5. En estado de necesidad, lesione o ponga en peligro un bien jurídico o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos, que:
 - a. El mal causado no sea mayor al que se trate de evitar,
 - b. La situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto,
 - c. El necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.
6. Obre impulsado por miedo insuperable.
7. Obre en cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. En el caso de la Policía Nacional el uso de la fuerza y las armas estará regulado por la ley respectiva.
8. Actúe o deje de actuar violentado por fuerza absoluta externa.
9. Con ocasión de realizar una conducta lícita o ilícita cause un mal por mero accidente, sin dolo ni imprudencia.
10. Realice una acción u omisión en circunstancias en la cual no sea racionalmente posible exigirle una conducta diversa a la que realizó.
11. Obre en virtud de obediencia. Se entiende por obediencia debida siempre que concurren los siguientes requisitos:
 - a. Que la orden dimanase de autoridad competente para expedirla y esté revestida de las formalidades exigidas por la ley;
 - b. Que el agente esté jerárquicamente subordinado a quien expida la orden, y,
 - c. Que la orden no revista el carácter de una evidente infracción punible.

1.1. Eximentes incompletas

Las eximentes incompletas son en realidad casos especiales de error sobre circunstancias objetivas de una causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad, dado que sólo se pueden aplicar si el autor ha supuesto erróneamente la concurrencia de un requisito necesario de la eximente.¹⁰²

Para GARRIDO dichas eximentes incompletas se califican como circunstancias atenuantes, las cuales concurren cuando no se cumplen en plenitud todos los requisitos necesarios que se requieren para que se logre eximir de responsabilidad penal en sus respectivos casos, o sea porque en el hecho no se dieron todos los elementos necesarios que se exigen.¹⁰³

Nuestra normativa penal, no propicia una definición concreta sobre eximentes incompletas, sin embargo, las considera como una de las circunstancias que atenúa la pena de responsabilidad penal, siendo ello “*cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad penal en sus respectivos casos*”.¹⁰⁴ En otras palabras, será **eximente incompleta cuando no se reúnen todos los requisitos que el legislador nicaragüense establece para las eximentes contempladas en el artículo 34 CP.**

Los autores SÁNCHEZ OSTIZ, IÑIGO y RUIZ DE ERENCHUN, establecen que la aplicación de esta circunstancia atenuante requiere que no concorra algún elemento de la respectiva eximente. Lo cual exige, más en concreto, que debe concurrir la base de la causa de exención y que sólo falte alguno de los elementos no esenciales.¹⁰⁵

2. Antijuridicidad

En atención a nuestro tercer objetivo planteado, es necesario analizar e identificar la antijuridicidad y si esta se encuentra desvirtuada por la concurrencia de eximentes de responsabilidad penal que excluye la misma.

¹⁰² BACIGALUPO, Enrique, “*Óp. cit.*”, p. 597.

¹⁰³ GARRIDO MONTT, Mario, “*Óp. cit.*”, pp. 119-120.

¹⁰⁴ Nicaragua, “*Ley No. 641, Código Penal*”, en La Gaceta, Diario Oficial, de 5, 6, 7, 8 y 9 de mayo de 2008, No 83, 84, 85, 86 y 87, Artículo 35 inciso 1 “*Circunstancias que atenúan la responsabilidad penal*”.

¹⁰⁵ SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo; IÑIGO, Elena; RUIZ DE ERENCHUN, Eduardo, “*Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*”, [en línea], IUS PENALE, Universidad de Navarra, 2015, p. 84, [consultada el 22/01/2022], disponible en: <https://www.unav.es/penal/iuspoenale/lecciones/2013%205%20Circunstancias%20modificativas.pdf>.

Dichas causales de justificación se encuentran en las eximentes de responsabilidad penal, es por ello que nos remitimos al artículo 34 del Código Penal el cual las recoge en once numerales que, a propósito de la temática investigativa, se adecuan al supuesto de la interrupción del embarazo por complicaciones obstétricas son: “El estado de necesidad” y “El actuar en el cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

Ahora bien, debido a la existencia de una normativa ministerial que da las pautas a seguir cuando se presentan complicaciones obstétricas, las cuales pueden conllevar a la interrupción del embarazo (Normativa 109 MINSAs), es preciso determinar si la misma puede ser utilizada como eximente directa de responsabilidad penal, o se debe recurrir a las eximentes generales antes mencionadas, tratando de determinar si la referida normativa tiene efecto vinculante para eximir de responsabilidad penal al sujeto activo.

La *antijuridicidad* es la constatación de que el hecho producido es contrario a derecho, injusto o ilícito.¹⁰⁶ El término antijuridicidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. Normalmente, la realización de un hecho típico genera la sospecha de que ese hecho es también antijurídico; pero esta presunción puede ser desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación excluyente de la antijuridicidad. Si no concurre ninguna de estas causas se afirma la antijuridicidad penal, y el siguiente paso es la constatación de la culpabilidad del autor de ese hecho típico y antijurídico.¹⁰⁷

GARRIDO nos dice que la *antijuridicidad* es la constatación de que el ordenamiento jurídico no autoriza, en una situación específica, la ejecución de un comportamiento típico.¹⁰⁸

ZAFFARONI considera que para que una conducta típica sea considerada como delito se requiere que también sea antijurídica. Las características para que exista delito son: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. La descripción de la conducta que regula la tipicidad y la antijuridicidad es denominada por la doctrina como injusto.¹⁰⁹

¹⁰⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, “*Óp. cit.*”, p. 299.

¹⁰⁷ *Ídem.*

¹⁰⁸ GARRIDO MONTT, Mario, “*Óp. cit.*”, p.102.

¹⁰⁹ GÓMEZ HUILCA, Gabriela, “*Estado de Necesidad Justificante vs. Estado de Necesidad Disculpante; y su correcta aplicación en la Legislación Ecuatoriana*”, [en línea], 2017, Quito, [consultado el 12/02/2022], p. 14, disponible en: <https://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/6698/1/132269.pdf>.

2.1. Antijuridicidad formal

Se entiende por antijuridicidad formal la mera relación de contradicción entre una conducta y la ley, es decir que habrá antijuridicidad formal cuando el acto sea formalmente contrario al Derecho en razón de que infringe una norma establecida por el Estado e incorporada al orden jurídico.¹¹⁰

En esta misma línea, MEDINA la define como la mera relación de contradicción entre la conducta típica y ordenamiento jurídico, cuando una acción constituye una transgresión a la norma dictada por el Estado, contrariando el mandato o prohibición de la ley”. MAURACH y ZIPF postulan que “*una acción es formalmente antijurídica, cuando se halla en oposición al contenido de la norma penal*”.¹¹¹

Por lo tanto, en la antijuridicidad formal existe una violación de la norma penal y es establecida cuando un supuesto no se encuentre amparado por las causales de justificación, lo que es, en definitiva, la adaptación de los hechos a la norma jurídica.¹¹²

2.2. Antijuridicidad material

LÓPEZ GÓMEZ considera que, la antijuridicidad material, en la estructura del delito se requiere que la conducta sea injusta, así se configurará un delito susceptible de punibilidad. Es necesario además que se establezca la ilicitud, pues si falta esta característica se estaría frente a una causa de exclusión o de justificación.¹¹³

La antijuridicidad material se entiende como la contradicción de un hecho con el interés social protegido por la norma. En este sentido, el autor FONTAN BALESTRA establece que la lesión o riesgo de un bien jurídico sólo será materialmente contrario al Derecho cuando esté en contradicción con los fines del orden jurídico que regula la vida en común.¹¹⁴

La antijuridicidad material para CONDE-PUMPIDO exige, además de una acción contraria al derecho positivo, la violación de algún orden superior de valoraciones de conductas o la lesión de algún género de intereses considerados para la sociedad.¹¹⁵

¹¹⁰ FONTAN BALESTRA, Carlos, “*Óp. cit.*” p. 256.

¹¹¹ GÓMEZ HUILCA, Gabriela, “*Óp. cit.*”, p. 19.

¹¹² *Ídem.*

¹¹³ GÓMEZ HUILCA, Gabriela, “*Óp. cit.*”, p. 18.

¹¹⁴ FONTAN BALESTRA, Carlos, “*Óp. cit.*” p. 256.

¹¹⁵ PLASENCIA VILLANUEVA; Raúl, “*Óp. cit.*”, p. 135.

Con la antijuridicidad material se pretende destacar la violación de intereses vitales para la organización social; intereses que al ser protegidos por la organización jurídica constituyen una institución o un bien jurídico, de ahí que se afirme como contenido de la antijuridicidad material la lesión o puesta en peligro del bien jurídico con ausencia de causa de justificación.¹¹⁶

GARRIDO, al igual que diversos autores¹¹⁷, defiende la idea que no hay dos clases de antijuridicidad, la antijuridicidad es una sola y los criterios señalados, formales y materiales, son distintas fases de una noción única.¹¹⁸. Al respecto de esta idea, VON LISZT señala que dicho planteamiento es debido que, al realizar un acto en contra de un mandato que daña un bien jurídico protegido por el Derecho, se ataca de igual manera al interés de la sociedad.

En el artículo 7 de nuestro Código Penal se introduce el principio de lesividad; ello sirve para justificar en nuestro ordenamiento la necesaria concurrencia de esa antijuridicidad material. Es decir, no habrá delito si no se afecta un bien jurídico tutelado.

2.3. La Antijuridicidad en el delito de aborto

Ahora bien, en el Aborto, como en todo delito, se requiere que la acción sea típica, antijurídica y culpable. En este caso, la antijuridicidad se ve reflejada en la acción dolosa de los sujetos activos al realizar la conducta tipificada que en principio no es permitida, es decir, “quien provoque aborto, cause aborto y consienta para que se lo practiquen”; por lo tanto, es una conducta socialmente dañosa que agrede intereses vitales protegidos por la norma jurídica.

En el injusto de Aborto, en el supuesto de producirse una interrupción del embarazo por indicaciones terapéuticas, la presunción de la antijuridicidad podría verse desvirtuada por la concurrencia de posibles causas de justificación que eximan la responsabilidad penal del

¹¹⁶ *Ídem*.

¹¹⁷ ORTS BERENGUER, Enrique, GONZÁLEZ CAUSSAC, José, “*Óp. cit.*”, pp. 106-107. El autor es de la opinión de la prevalencia unitaria de la antijuridicidad. Al establecer: “...no puede entenderse sólo formalmente, sin referencia a la idea de dañosidad; pero tampoco puede aceptarse que los intereses sociales protegidos sean fijados al margen o por encima de la Ley. De ahí que se sostenga que sólo son contrarios al Derecho (o sea, antijurídicos) los comportamientos lesivos a los intereses sociales que la Ley contempla. En otras palabras, la antijuridicidad no puede concebirse sólo formal o sólo materialmente, como si fuesen nociones contrapuestas. Muy al contrario, las dos perspectivas de la antijuridicidad son imprescindibles para lograr comprender su completa dimensión...”.

¹¹⁸ GARRIDO MONTT, Mario, “*Óp. cit.*” p. 107.

actuar de los sujetos, claro está que dicha posibilidad tendría que ser analizada al tenor de las eximentes de responsabilidad penal en el Código Penal nicaragüense, identificando cuales subsumen la conducta prohibida.

3. Causas de justificación

El ordenamiento jurídico penal no sólo está construido por prohibiciones, sino también por normas permisivas, lo que permite que, cuando un sujeto se encuentra en situaciones de extrema necesidad donde debe obrar presionado por la situación, la norma lo autoriza a ejecutar este acto. En vista de ello, cuando existe una causal de justificación, la antijuridicidad queda desvirtuada debido a la presencia de éstos, convirtiendo al hecho en típico autorizado por el ordenamiento. Dichas causas de justificación no solo impiden que se pueda imponer una pena, sino que convierten ese hecho en lícito.¹¹⁹

Podemos decir que no hay delito cuando falta la antijuridicidad, que el hecho se justifica, es decir que hay una causa de justificación. Estas causas son conocidísimas desde antiguo, pero la mayor parte de los códigos no las distinguen de los otros motivos de exclusión de pena, y las formulan en conjunto bajo el título de *eximentes*. Así ocurre en el art. 34 del Código Penal, donde aparecen reunidos, y aún entremezclados, los motivos de inimputabilidad y de justificación.¹²⁰

Para LUZÓN PEÑA las causas de justificación son circunstancias eximentes que por determinadas razones (de ponderación de intereses) excluye la antijuridicidad o ilicitud de la conducta en principio típica, que afectando relevantemente a un bien jurídico realiza en sus partes objetivas el tipo positivo legal, indiciario de la antijuridicidad. Por eso se las denomina también causas de exclusión de la antijuridicidad o del injusto¹²¹.

La conducta del sujeto, además de no ser antijurídica por la existencia de la justificación, tampoco alcanza la magnitud de un injusto penal por la falta de un elemento que impide considerarse un delito como tal, esto es la antijuridicidad; lo que tiene como consecuencia que no tenga sustento legal para una sanción penal ni para una responsabilidad civil.¹²²

¹¹⁹ GOMEZ HUILCA, Gabriela, “*Óp. cit.*”, p. 20.

¹²⁰ JIMENEZ DE ASÚA, Luis, “*Óp. cit.*”, p. 184.

¹²¹ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “*Óp. cit.*”, p. 463.

¹²² *Ibidem*, p. 125.

Es necesario saber que las justificaciones cancelan la responsabilidad penal, esa cancelación puede ser total o parcial, si es total, hay justificación completa y no hay delito, no hay autoría, ni participación, ni *Iter Criminis* y se cancela la antijuridicidad de la conducta, entonces no existe la acción ilícita; cuando la justificación es completa cancela toda significación jurídica punible.¹²³

Con respecto a la cancelación parcial o eximente incompleta, produce que no se exima totalmente la conducta, sino que se solicite una pena atenuada por la naturaleza parcial de esta eximente.

Para invocar las causas de justificación, el autor, que está incurso en ellas, debe tener la voluntad de producir el acto, estar consciente de las consecuencias que va a tener dicho acto, debe a su vez, conocer de la agresión, actual e injusta y el peligro inevitable que va a causar para salvar otro bien; por lo cual, la antijuridicidad no puede ser un simple juicio de valoración del resultado, sino también el acto realizado por el autor que como consecuencia tuvo el resultado.¹²⁴

Consideramos en atención al supuesto concreto contenido en el artículo 143, las posibles eximentes de responsabilidad penal aplicables son el estado de necesidad y el obrar en cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo; mismas que a continuación desarrollaremos en el siguiente orden:

4. Estado de necesidad

Nuestro Código Penal establece que está exento de responsabilidad penal quien, “*en Estado de Necesidad lesione o ponga en peligro un bien jurídico o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1) El mal causado no sea mayor al que se trate de evitar, 2) La situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el Sujeto, 3) El necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse*”.¹²⁵

En vista a que el precepto no dispone de una definición de lo que debería entenderse por estado de necesidad, es necesario remitirse a la doctrina jurídica, de la cual emanan diversas definiciones en las que, autores como SAVATIER la define como “*una situación*

¹²³ *Ídem*

¹²⁴ GOMEZ HUILCA, Gabriela, “*Óp. cit.*”, p. 21

¹²⁵ Nicaragua. “Ley No. 641, Código Penal”, En La Gaceta, Diario Oficial, de 5, 6, 7, 8 y 9 de mayo de 2008, No 83, 84, 85, 86 y 87, Artículo 34.

que aparece como único medio para evitar un mal más grande o igual, causando un mal menor o igual”. En el mismo sentido, el jurista ORGAZ afirma que: “es una situación en que se halla una persona que, para apartar de sí o de otra un peligro inminente que amenaza sus bienes personales o patrimoniales, causa legítimamente un mal menor a un tercero que no es autor del peligro”.¹²⁶

Por su parte TRIGO REPRESAS establece que el estado de necesidad se da ante la existencia de una situación fáctica de peligro grave e inminente que amenaza a una persona o a sus bienes y que sólo puede ser invocado para salvar a los mismos, ocasionando un daño a otra o a un tercero.¹²⁷ Este peligro ha de ser real y objetivo, no pudiendo ser meramente supuesto, con más o menos fundamento, por el que trata de evitarlo.¹²⁸

LUZÓN PEÑA expresa que en el estado de necesidad existe una situación de peligro para bienes jurídicos, que plantea la necesidad de salvarlos o protegerlos y ello solo se puede realizar a costa de lesionar o afectar a otros intereses jurídicamente protegidos. Hay por tanto una situación de colisión o conflicto entre intereses jurídicos. Para que exista este estado de necesidad, no solo hay que salvar los intereses, sino que también aquellos que hay que perturbar que son en principio igualmente dignos de protección jurídica.¹²⁹

CREUS, por su parte, define al estado de necesidad como la situación en la que se encuentra un sujeto en la que, como medio “necesario” para evitar la pérdida de bienes jurídicos propios (o de un tercero en determinados casos), ataca un bien jurídico extraño de menor entidad que el que trata de salvar.¹³⁰

4.1 Teorías del estado de necesidad justificante y exculpante

La doctrina dominante y las diferentes teorías, diferenciadora y unitaria, consideran que en su seno se encuentran recogidas dos formas distintas de concebir al Estado de Necesidad. Por un lado, estaría el estado de necesidad justificante, que, según la teoría de la diferenciación, surge de la colisión de dos bienes jurídicos de distinto valor, cuando se opta

¹²⁶ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, “El Estado de Necesidad y los Daños Ocasionados”, UNAM, [en línea], México, [consultado el 22/01/2022], p. 181, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/72-73-74/el-estado-de-necesidad-y-los-danos-ocasionados.pdf>.

¹²⁷ *Ídem*.

¹²⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. “*Óp. cit.*”, p. 328.

¹²⁹ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. “*Óp. cit.*”, p. 557.

¹³⁰ CREUS, Carlos, “*Óp. cit.*”, p. 323.

por el sacrificio del bien de menor valor para salvar el de mayor valor; por ello se dice que en estos casos es fundamental aplicar el criterio de ponderación de bienes. Pero junto a esta forma de estado de necesidad, habría otra que sería meramente **exculpante**, presidida por el principio de no exigibilidad de un comportamiento distinto y que se daría cuando los **bienes en conflicto fueran de igual valor**.¹³¹

Por el contrario, la teoría unificadora, también conocida como de la unidad, es aquella que considera que toda conducta que se encuentre en estado de necesidad, no importa si este fuera justificante o disculpante, se debe estudiar en la antijuridicidad, sin realizar un análisis de valoración a cada bien que se encuentra en colisión. Algunos tratadistas consideran que es necesario unificar los bienes, no importa el valor que tengan, los ubican ya sea en la antijuridicidad como causal de justificación, o por el contrario en la culpabilidad como exculpación, sin existir una distinción entre el valor real de cada bien en colisión.¹³²

La teoría diferenciadora si hace dicha distinción entre cada bien que se sacrifica, considerando el valor de los bienes en conflicto, puesto que, si el autor ofende un bien de menor valor, estaría frente a una causal de justificación. Mientras que, si el bien en cuestión es de igual o de mayor valor, se estaría frente al estado de necesidad disculpante, si este estuviera en una situación de conflicto en la cual no le es exigible que deje de sacrificar el interés amenazado. Bajo esta perspectiva se hallaría justificada la teoría de necesidad cuando “ocurre la salvación del interés objetivamente más valioso e importante”. En este caso, la ley está reconociendo que las demás personas deben ceder su derecho legítimo para poder salvar otro derecho legítimo que se encuentra en riesgo de daño.¹³³

4.2 Requisitos del estado de necesidad según el Código Penal

El Código Penal en su artículo 34 inciso 5to establece que, quien en estado de necesidad lesione o ponga en peligro un bien jurídico o infrinja un deber será eximido de responsabilidad penal siempre que concurren ciertos presupuestos o requisitos, tales como “*que el mal causado no sea mayor que el que se pretende evitar*”, “*que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto*” y “*que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse*”.

¹³¹ LUZON PEÑA, Diego Manuel. “*Óp. cit.*”, p. 558.

¹³² OMEZ HUILCA, Gabriela, “*Óp. cit.*”, p. 64.

¹³³ *Ídem.*

En dichos presupuestos es preciso, que la realización del mal o la infracción del deber que el sujeto realiza para evitar un mal a sí mismo o a un tercero sea **el único camino posible para conseguir la meta salvadora**. La realización de un delito que constituye la lesión de un bien jurídico o la infracción de un deber jurídico ha de ser, por tanto, **necesaria**, es decir, **la evitación del mal que amenaza al bien jurídico sólo puede ser conseguida realizando otro mal**.¹³⁴ En el estado de necesidad entre bienes de igual valor no se obvia la justificación de la conducta del tercero que autónomamente decide a cuál de las personas en conflicto va a salvar.¹³⁵

Por lo tanto, es **primordial constatar la existencia de una situación de necesidad que implique una condición de peligro para un bien jurídico propio o ajeno** (auxilio necesario) que sólo puede evitarse mediante la realización de un hecho típico que afecte a intereses de terceros.¹³⁶ Esta situación de necesidad, **caracteriza al peligro por su carácter real, actual o incluso permanente, objetivo y el grado o intensidad del mismo**.¹³⁷ En el supuesto de la interrupción del embarazo por indicaciones terapéuticas, esta situación de necesidad se ve reflejada en el inminente peligro que afronta la vida de la mujer embarazada y la vida del nasciturus.

Una vez constatada la existencia de una situación de necesidad que implique un peligro real, actual, permanente y objetivo, es necesario hacer una valoración de cada uno de los presupuestos en relación a la interrupción del embarazo por indicaciones obstétricas para determinar si se cumple con la eximente o se estaría en presencia de una eximente incompleta. El primero de ellos es: 1) Que el mal causado no sea mayor que el que se pretende evitar; 2) Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto, y; 3) Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

¹³⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. “*Óp. cit.*”, p.330.

¹³⁵ *Ídem*.

¹³⁶ CIJUL, “*El Estado de Necesidad en el Derecho Penal*”, Universidad de Costa Rica, [en línea], [consultado el 9/02/2022], p. 3, disponible en: <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=MzM0M0M0==>.

¹³⁷ *Ibidem* p. 2.

4.2.1. Que el mal causado no sea mayor que el que se pretende evitar

Este primer inciso contempla un estado de necesidad que puede darse tanto en caso de conflicto entre bienes desiguales (daños a bienes de terceros para salvar la vida propia o ajena), como entre bienes iguales (omitir salvar a otro para salvar la vida de un tercero).¹³⁸

Cuando existe una colisión de bienes o intereses y sea necesario salvar un bien sacrificando otro, se exige la proporcionalidad entre los intereses que están en juego¹³⁹. En vista de ello, CEREZO MIR afirma que la ponderación de males supone la consideración de intereses lesionados y los que el sujeto quería proteger. El sujeto debe hacer un análisis exhaustivo antes de realizar una acción de sacrificio de un bien por otro, pues **para que se configuren las causales de justificación es necesario que el sujeto en su afán de proteger un bien, lo haga evitando que se produzca un mal mayor.**¹⁴⁰

Para que se realice la ponderación de bienes, el juzgador debe partir del análisis de criterios como: gravedad, lesión, carácter recuperable, afectación; es decir, una comparación valorativa de males colisionados, bajo un criterio neutral. Por lo tanto, se debe analizar no solo la importancia de los bienes jurídicos sino también si han sido lesionados o puestos en peligro, la gravedad de su lesión o el grado de peligro, además el desvalor de la conducta del mal causado y de aquel que se trató de evitar.¹⁴¹

El Código Penal no indica de manera taxativa el criterio de la ponderación de bienes jurídicos, sino que requiere una ponderación concreta de males, debiendo ser el mal causado menor del que se pretende evitar; es decir que, el mal que produzca la conducta del sujeto activo, ya sea lesionando o poniendo en peligro otro bien jurídico, debe ser el único medio salvador.

En el caso que nos acontece en la interrupción del embarazo por indicación terapéutica, se evidencia un conflicto de intereses entre bienes jurídicos tutelados por la norma penal en el mismo título I, Capítulo I y II del Libro Segundo, tales como la vida del no nacido (vida dependiente) y la vida de la mujer en estado de gravidez¹⁴² (vida independiente), de los cuales existe **una mayor valía respecto a los bienes jurídicos de la vida**

¹³⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. “*Óp. cit.*”, p.330

¹³⁹GOMEZ HUILCA, Gabriela, “*Óp. cit.*”, p. 20.

¹⁴⁰*Ibidem.* p. 37

¹⁴¹ *Ídem.*

¹⁴² La cual se encuentra en un peligro real, inminente y permanente en el caso que sufra una complicación obstétrica durante el embarazo.

dependiente y de la vida independiente (el criterio es estrictamente positivo y se toma como consideración la carga penal para uno y otro delito).

Para precisar este mal menor, es necesario llevar a cabo la valoración de males colisionados bajo un criterio neutral, el cual puede ser considerado en el supuesto en que la mujer durante el embarazo presenta complicaciones obstétricas, que atenten contra su vida, su salud, dignidad, integridad física y libre desarrollo de su personalidad, y causare un mal como único medio para salvaguardar dichos bienes a través de la interrupción del embarazo por indicaciones terapéuticas, sería un mal menor del que se pretende evitar.

Si tomamos en consideración este criterio sistemático introducido por el legislador nicaragüense vemos que la bien jurídica vida independiente tiene mayor valor, al menos desde una perspectiva penológica; sistemática y de derecho positivo, que la bien jurídica vida dependiente. De aquí que nosotros deduzcamos que, si se afecta el bien jurídico de mayor valor, el mal causado es mayor, ello debido a las implicaciones que conllevarían. En el caso concreto que nos ocupa, podría darse que la mujer embarazada tenga otros hijos o familiares que dependen de ella.

4.2.2. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto

En este requisito se desprende la provocación de una situación de necesidad ya que impide que el que la provocó pueda después ampararse en ella. En el estado de necesidad sólo la provocación intencionada del mismo impide su apreciación. No basta, por tanto, que se haya cometido intencionadamente el hecho que dio lugar a la situación de necesidad, sino que es preciso que sea la situación misma de necesidad la que se haya provocado intencionalmente; esto hace que la exclusión del estado de necesidad por falta de este requisito sea prácticamente imposible.¹⁴³

En el caso que a la mujer gestante se le presente una situación de peligro a consecuencia de su embarazo, debido a una complicación obstétrica¹⁴⁴ y amerite la interrupción del mismo,

¹⁴³ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁ, Mercedes, “*Óp. cit.*”, p.330.

¹⁴⁴ Nicaragua, Gobierno de Reconciliación y Unidad Nacional, Ministerio de Salud, “*Normativa 109: Protocolo para la atención de complicaciones obstétricas*”, “*Óp. cit.*”, pp. 152-153. La Normativa 109 dispone cuales son las complicaciones obstétricas que requieren la interrupción del embarazo; siendo estas: eclampsia; síndrome de encefalopatía posterior reversible agudo (PRES), ceguera cortical o desprendimiento de retina; escala de Glasgow < 13, evento cerebrovascular; hipertensión severa no controlada por 12 horas a pesar del uso de 3 agentes antihipertensivos; saturación de oxígeno < 90%, necesidad de oxígeno al 50% por más de 1 hora, intubación orotraqueal; edema agudo de pulmón; necesidad de soporte inotrópico; isquemia o infarto al

da lugar a un estado de necesidad, el cual se manifiesta en el peligro inminente contra su vida, integridad física y salud por una situación que no fue provocada por ella.

4.2.3. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse

La no exigibilidad de otro comportamiento es, ante todo, un principio regulador del ordenamiento jurídico que puede ejercer su influencia tanto en el ámbito de las causas de justificación y causas de exclusión de la culpabilidad.¹⁴⁵

En el estado de necesidad, como causa de justificación, se supone que el que actúa en esta situación no está obligado a soportarla. Pero si la situación es normal dentro del ámbito de su profesión entonces está, en principio, obligado a soportarla.¹⁴⁶

Debido a que la mujer embarazada no ostenta ninguna profesión o cargo durante su propio embarazo, no está obligada a soportar la obligación de sacrificarse o exponer su vida en función del mismo. Esto no debe confundirse con el deber de garante de conservación del embarazo que la mujer en estado de gravidez ostenta en el caso que su embarazo se presente en circunstancias normales, es decir, sin una complicación obstétrica que signifique un inminente peligro para su vida.

Para poder justificar la conducta de los sujetos activos bajo el supuesto de la interrupción del embarazo por complicaciones obstétricas, fue realizado un análisis de la eximente de estado de necesidad, en el cual es necesario que se cumplan los tres requisitos que establece la eximente para determinarse completa; ya que en el caso contrario al no cumplir algunos de ellos, conlleva a que la eximente sea incompleta.

En el caso que la **eximente sea completa, la justificación de la conducta prohibida por la norma sería total, exonerando a los sujetos tanto de la antijuridicidad penal, civil, como administrativo**; cuando la **eximente sea incompleta**, provocaría que la conducta no se justifique, sino que **la pena se atenúe** en correspondencia a lo establecido al artículo 35 numeral uno.

miocardio; lesión renal aguda; oliguria; necesidad de terapia dialítica; trombocitopenia < de 100,000; disfunción hepática (INR > de 2 en ausencia de CID o uso de anticoagulantes); hematoma o ruptura hepática; riesgo de pérdida del bienestar fetal (feto pretérmino: presencia de datos ominosos), feto a término categorización de monitoreo fetal; desprendimiento prematuro de placenta, y muerte fetal.

¹⁴⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN. "Óp. cit.", p.330.

¹⁴⁶ *Ídem*.

En todo caso, es esencial para su existencia que concurra el requisito substancial del estado de necesidad, o sea un mal real de mayor gravedad a evitar, ya que, si esta condición no se da, no puede configurarse la causal de justificación y generalmente tampoco de atenuación.¹⁴⁷

En el supuesto que nos acontece solo la mujer embarazada puede ampararse bajo el tenor de dicha eximente, ya que el actuar del profesional médico, no se subsume en los tres requisitos que exige el estado de necesidad para ser aplicada como causa de justificación. A raíz de ello, se analizará la eximente número 7 referida al cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, para lograr justificar la conducta del profesional médico o sanitario.

5. Cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo

La eximente del cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo se encuentra regulada en el inciso 7 del artículo 34 del Código Penal expresando lo siguiente:

“Está exento de responsabilidad penal quien... obre en cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. En el caso de la Policía Nacional el uso de la fuerza y las armas estará regulado por la ley respectiva”

Para poder alegar dicha eximente es necesario conocer la trascendencia y límites de la misma, así como entender en qué consiste el obrar bajo un deber jurídico o en el ejercicio legítimo de un derecho, de un oficio o de un cargo; es por ello que es necesario realizar un análisis de cada uno de los presupuestos mencionados de manera individualizada y de esa forma lograr justificar o exculpar la conducta del sujeto o sujetos que actúan lesionando un bien jurídico para salvaguardar otro en el supuesto de la interrupción del embarazo por complicaciones obstétricas.

¹⁴⁷ GARRIDO MONTT, Mario, “*Óp. cit.*” p. 147.

5.1. Cumplimiento de un deber jurídico

Para entender el concepto de deber jurídico, es necesario dejar clara la diferencia entre éste y el deber moral. En base al punto de vista kantiano, KELSEN sostiene que se entiende por deber moral a “*la sujeción interior del sujeto bajo la acción de la ley moral*”; por su parte, KANT define el deber como “*la necesidad de una acción por respeto a la ley*”, o como “*la necesidad objetiva de una acción obligatoria*”.¹⁴⁸

El deber jurídico significa la existencia de una norma válida que ordena determinado comportamiento. Para KELSEN, la existencia de un deber jurídico consiste en “*la validez de una norma de derecho que hace depender una sanción de la conducta contraria a aquella que forma el deber jurídico*”. Es simplemente la norma de derecho en su relación con el individuo a cuya conducta la misma norma enlaza la sanción. Es la “obligación de obedecer la norma del derecho”.¹⁴⁹

Podemos afirmar que el fundamento del deber jurídico radica en la “*necesidad misma del derecho*”. El derecho subjetivo no puede desligarse del deber jurídico, ya que aparece bajo la forma de la facultad, cuyo efecto puede ser directa o indirectamente la producción de una norma de derecho. El deber jurídico y el derecho subjetivo se encuentran fundidos recíprocamente, puesto que “*no pueden existir el uno sin el otro. Siempre coexisten en la regulación jurídica*”. El deber jurídico queda justificado cuando aparece como objeto correlativo del derecho subjetivo, integrando el concepto de consecuencia de derecho.¹⁵⁰

Por lo tanto, el deber jurídico es aquella acción del sujeto por medio de la cual y, por virtud de ella, participa en el “*proceso creador del derecho*”, en razón de la imposición de deberes de otro sujeto, y la creación de situaciones jurídicas nuevas en beneficio propio o en el de un tercero. Por este motivo, el deber jurídico adquiere sentido y queda justificado “cuando aparece como objeto correlativo del derecho positivo”.¹⁵¹

¹⁴⁸ ÁLVAREZ GÁLVEZ, Ignacio, “*Sobre el concepto de deber jurídico de Hans Kelsen*”, Boletín de la Facultad de Derecho, [en línea], 2000, n. 16, Madrid, [consultado el 01/03/22], p.23, disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-2000-16-91B0E365/PDF>.

¹⁴⁹ LASTRA LASTRA, José Manuel, “*Conceptos Jurídicos Fundamentales*”, Investigaciones Jurídicas de la UNAM, [en línea], México [consultado el 02/03/2022], p.400, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/116/25.pdf>.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 405.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 406.

5.2. Ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo

El ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, o bien el ejercicio de facultades (derechos) de tal oficio o bien a veces incluso el cumplimiento de deberes profesionales o del cargo, algunos autores señalan que esta eximente general se puede reducir al ejercicio del derecho o cumplimiento del deber.¹⁵²

El ejercicio legítimo de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico autoriza a realizar una conducta en principio típica que lleva a cabo la parte positiva de un tipo y por tanto la justifica; pues basta que el ciudadano tenga jurídicamente reconocido un poder para realizar tal conducta.

El artículo 34 inciso 7 CP. recalca que el ejercicio del derecho ha de ser “*legítimo*”, es decir, la forma de ejercerlo o realizarlo ha de ser conforme al derecho, sus principios y límites. Esta eximente no detalla expresamente sus límites mediante los correspondientes requisitos, los cuales pueden ser diversos según el derecho de que se trate; pero la exigencia de ejercicio legítimo supone una remisión a las diversas condiciones y límites impuestos para la legitimidad del ejercicio de cada derecho.¹⁵³

El ámbito de aplicación del ejercicio legítimo de un derecho es amplio y puede abarcar los más diversos tipos delictivos cuando el correspondiente derecho autoriza a lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos de los tipos correspondientes.¹⁵⁴

Para la doctrina dos condiciones son necesarias para que esta causal justifique un hecho típico:

- a) Que exista un derecho. Igual que en el caso del deber, el derecho existe cuando el orden jurídico faculta expresamente para la realización de actos típicos o confiere una autorización de tal naturaleza, que ordinariamente ella deberá ejercerse a través de la realización de actos típicos. No podría invocar esta causal, en cambio, el que incendia su casa con el pretexto de ejercitar la facultad de "disposición" que integra su derecho de dominio.¹⁵⁵

¹⁵² LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “*Óp. cit.*”, p. 577.

¹⁵³ *Ibidem.* p. 582.

¹⁵⁴ *Ibidem.* p. 583.

¹⁵⁵ ETCHEBERRY, Alfredo, “*Derecho penal, Parte general*” Tomo I, 3a ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1999, p. 244.

- b) Que el derecho se ejercite legítimamente. Esto significa que el derecho debe ejercitarse en las circunstancias y de la manera que la ley señala. Penalmente, el límite del ejercicio del derecho está dado por la propia ley y el derecho ajeno, no por la molestia ajena ni por la intención caprichosa o malévola del titular del derecho¹⁵⁶. Es importante señalar que será necesaria la real existencia de un derecho a actuar del modo en que se actúa, es decir, el reconocimiento jurídico de la conducta que ha de constituir una facultad del titular del derecho subjetivo o interés legítimo.¹⁵⁷

Lo que diferencia al ejercicio del derecho de las otras causas de justificación más importantes como la legítima defensa y el estado de necesidad, es que en éste no hay que proteger el derecho frente a ataque ilegítimos que pretenden negarlo o destruirlo o frente otros peligros para la existencia o integridad del derecho, que es la situación base, respectivamente, de la legítima defensa y del estado de necesidad; en el ejercicio del derecho su titular simplemente tiene que decidir usar, dentro de los límites jurídicamente trazados para su legitimidad, las facultades que le concede ese derecho del que dispone; uso de facultades que ya está jurídicamente previsto que, dentro de límites, puede afectar o menoscabar bienes jurídicos ajenos.¹⁵⁸

Ahora bien, el ejercicio de un oficio o cargo emana de la naturaleza de una profesión legalmente reconocida, o del régimen jurídico de ésta, si lo hay. Se aplican, por tanto, las reglas generales tales como, el ejercicio de la profesión debe hacerse legítimamente, y la ley debe autorizar en forma expresa al respecto la ejecución de actos típicos, o ser la profesión de tal naturaleza que suponga necesariamente aquella.¹⁵⁹

Más que de facultades o derechos, cabe hablar de “*deberes*”, pues no ejercerlos puede conllevar una sanción. Quien asume un cargo o una labor que implique autoridad, y quien se compromete a desarrollar las tareas propias de un oficio, toma sobre sí determinadas obligaciones, y en ese contexto puede incurrir en una conducta típica pero justificada.¹⁶⁰

¹⁵⁶ *Ídem*, p. 245.

¹⁵⁷ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, “*Causas de Justificación*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, [en línea], México, [consultado el 03/03/2022], p. 86, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3390/7.pdf>.

¹⁵⁸ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. “*Óp. cit*”, p. 581.

¹⁵⁹ ETCHEBERRY, Alfredo, “*Óp. cit*”, p. 247.

¹⁶⁰ OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, “*Óp. cit.*”.

5.3. El cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo aplicado al supuesto de interrupción del embarazo por complicaciones obstétricas

La realización de la acción de interrupción del embarazo por indicaciones terapéuticas se puede incluir dentro de la eximente del ejercicio legítimo de un oficio o cargo, para justificar la conducta del profesional médico o sanitario que realice el injusto de aborto. Su aplicación supondría que se trate de un médico que actúe cumpliendo los requisitos que legitiman una intervención médico-quirúrgica, teniendo el consentimiento del paciente, y una finalidad terapéutica, como a su vez cumpliendo todas las exigencias de la *lex artis*¹⁶¹, que en el caso que nos acontece sería el Protocolo para la Atención de Complicaciones Obstétricas; siempre que exista una causa proporcional que permita atentar contra un bien jurídico protegido por la Constitución Política.¹⁶²

ETCHEBERRY apoya la interpretación en que la vida de la madre es considerada por la ley como más valiosa que la del feto y que una actitud meramente pasiva del médico parece incompatible con la posición de garante que ha asumido con respecto a la mujer que es su paciente.¹⁶³

El facultativo que lleva a cabo la interrupción del embarazo por causas terapéuticas (complicaciones obstétricas) lo debe hacer dentro de los límites de la *lex artis*, en este caso lo que la normativa 109 delimite.¹⁶⁴ Si la intervención médica o quirúrgica se ajusta plenamente a las reglas de la medicina estará amparada bajo la eximente ejercicio legítimo de un oficio o cargo la conducta de los facultativos, que operará como causa de atipicidad en los supuestos en que haya adecuación social o, según otra fundamentación, en los que realmente no hay lesiones típicas por haber un resultado positivo de curación o mejora, y como causa de justificación en los restantes supuestos es decir en los que sí haya lesiones o incluso la muerte.¹⁶⁵

¹⁶¹RAE: “*Lex artis*”, [en línea], [consultado el 03/03/22], disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/lex-artis>. “Conjunto de reglas técnicas a que ha de ajustarse la actuación de un profesional en ejercicio de su arte u oficio”.

¹⁶² OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. “*Óp. cit.*”.

¹⁶³ *Ídem.*

¹⁶⁴Nicaragua, Gobierno de Reconciliación y Unidad Nacional, Ministerio de Salud, “*Normativa 109 Protocolo para la atención de complicaciones obstétricas*”. 2ª ed., Managua, 2018, p. 12.

¹⁶⁵ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “*Exención de la responsabilidad penal en el ámbito médico: causas de justificación y de exclusión de la tipicidad*”, [en línea], [consultado el 03/03/2022], p. 1, disponible en: <https://www.ficp.es/wp-content/uploads/2016/03/Ponencia-Luz%C3%B3n-Pe%C3%B1a.pdf>.

En esta segunda fundamentación, que tiene como resultado la muerte, excluye todo el desvalor de la acción, pese a que subsista el desvalor del resultado, ya que se encuentra conforme a la *lex artis*¹⁶⁶, las reglas profesionales, deontológicas y sobre todo científicas de la medicina.

Para que la conducta del personal médico o sanitario cumpla con los requisitos de las reglas técnicas médicas, el diagnóstico, tratamiento y medios de abordaje no solo deben ser los más adecuados e indicados para el caso en cuestión, sino que es preciso que se cuente también con el consentimiento del paciente. Este consentimiento debe ser expresado libremente por la persona (mujer en estado de gravidez), que cuente con la capacidad de comprensión legal requerida y trascendencia del hecho o, en su defecto, el de sus representantes legales o a falta de estos el de sus familiares o allegados, sobre el procedimiento terapéutico a llevarse a cabo.

La manifestación de este consentimiento será a través del llenado de una declaración de consentimiento informado en la que se exponen los riesgos, alcance, consecuencias y las posibles alternativas existentes, los cuales serán descritos en el grado de información requerida para la capacidad de comprensión y cultura del paciente.¹⁶⁷

5.4. La Normativa 109 Protocolo para la atención de complicaciones obstétricas como fundamento de la eximente general cumplimiento de un deber o en el ejercicio de derecho legítimo, un deber, un oficio o cargo

El protocolo 109 constituye el instrumento que debe servir de guía para la atención de complicaciones obstétricas, cuya finalidad es salvaguardar la vida y salud de las mujeres embarazadas, dando las pautas a los profesionales de la salud sobre cómo actuar ante esta situación; para determinar si el mismo tiene efecto vinculante con la eximente que se menciona en el apartado 6.2 referido a “*el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho legítimo, oficio o cargo*”.

En primer lugar, debemos afirmar que la normativa 109 no puede ser considerada una eximente específica ya que es un acto administrativo unilateral emitido por un ente

¹⁶⁶ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “*Óp. cit.*”, p. 613.

¹⁶⁷ El protocolo 109 del MINSA extiende una lista de chequeo de manera específica e individualizada para la complicación obstétrica que el paciente presente, en la cual se mencionan una serie de indicaciones de cumplimiento obligatorio para su manejo, debiendo cada uno de ellas de consignarse en el expediente clínico evaluado durante el proceso de atención.

administrativo (Ministerio de Salud) estableciendo solamente los pasos y procedimiento a seguir ante una complicación obstétrica, por lo cual es necesario remitirse a la exigente general “*cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*”

Esta exigente menciona que es necesario que el ejercicio del profesional sanitario debe ser amparado bajo las exigencias de *lex artis*, y al ser nuestra temática investigativa la interrupción del embarazo por indicaciones terapéuticas, nos remitimos a lo delimitado por el Protocolo para la Atención de Complicaciones Obstétricas, el cual da las pautas a seguir cuando se presenten alguna complicación que conlleven a la finalización del embarazo.

La exigente del artículo 34, en cambio, considera necesario que el ejercicio del personal sanitario esté amparado bajo las exigencias de la *lex artis* y al ser nuestra temática investigativa la interrupción del embarazo por complicaciones terapéuticas nos remitimos a lo delimitado por el protocolo para la atención de las complicaciones obstétricas, el cual da las pautas a seguir cuando se presente alguna complicación que conlleve a la finalización del embarazo.

Es por ello, que el efecto vinculante entre ambas radica en que, para poder alegar la exigente mencionada, es necesario que el personal médico o sanitario actúe cumpliendo con el ejercicio de su profesión, siguiendo los pasos y procedimientos contemplados en la normativa 109.

5.4.1. Naturaleza de la Normativa 109

El Ministerio de Salud en pleno uso de sus facultades conferidas por la ley¹⁶⁸ elabora la normativa 109 aplicable a todos los establecimientos de salud públicos y privados que brinden atención materna-infantil, de obligatorio cumplimiento, con el propósito de estandarizar, mejorar y garantizar la calidad en salud de la población nicaragüense.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Nicaragua, “*Ley No. 423, Ley General de Salud*”, en La Gaceta, Diario Oficial, Diario Oficial del 17 de mayo del 2002, No. 91, Art. 2, El MINSa al ser un ente público, con plena facultad dispuesta por ley para aplicar, supervisar, controlar y evaluar el cumplimiento de la presente Ley y su Reglamento; así como para elaborar, aprobar, aplicar, supervisar y evaluar normas técnicas, formular políticas, planes, programas, proyectos, manuales e instructivos que sean necesarios para su aplicación.

¹⁶⁹Nicaragua, Gobierno de Reconciliación y Unidad Nacional, Ministerio de Salud, “*Normativa 109 Protocolo para la atención de complicaciones obstétricas*”, 2ª ed., Managua, 2018, p. 2.

5.4.2. Objetivos

El protocolo de atención de las complicaciones obstétricas centra su propósito en dos objetivos, uno general y cuatro específicos. El objetivo general se ocupa de estandarizar el abordaje diagnóstico y terapéutico de las complicaciones obstétricas según los criterios establecidos en la atención materna y perinatal.¹⁷⁰

Los objetivos específicos se encargan de: garantizar el cumplimiento de los aspectos clínicos y gerenciales para el abordaje diagnóstico y terapéutico de las complicaciones obstétricas y neonatales; integrar al sistema de salud nacional, intervenciones actualizadas y basadas en evidencia en cuanto a salud materna y cuidados neonatales iniciales; asegurar el cumplimiento del código rojo ante una emergencia obstétrica; y fortalecer el sistema informático perinatal a través del reporte de la morbilidad materna grave.¹⁷¹

5.4.3. Población de estudio

El protocolo distingue una población a la que conduce su abordaje, llamándoles “Población Diana”, siendo estas todas las embarazadas, puérperas y neonatos (en sus primeras horas de vida), que presenten complicaciones de origen obstétrico, a quienes se les brinde atención médica en todas las unidades de salud del país tanto del sistema público como privado.¹⁷²

5.4.4. Abordaje de las complicaciones obstétricas

Las complicaciones obstétricas deben ser manejadas en unidades de salud de primer y segundo nivel de resolución, sin embargo en algunas ocasiones, sobre todo en mujeres de comunidades alejadas del país, el primer contacto con la paciente es la red comunitaria de la localidad, con la cual se establecen coordinaciones para el censo, referencia y contrarreferencia oportuna, y en algunos casos, la atención inicial de las complicaciones obstétricas cuando ésta se presenta de forma súbita fuera del establecimiento de salud.¹⁷³

Una vez que la paciente se encuentre en la red de establecimientos de salud, existen actividades a cumplir en cada uno de los establecimientos de salud, actividades que son detalladas por la normativa en dependencia del asentamiento en que se encuentre. Se

¹⁷⁰ *Ibidem*, p.3.

¹⁷¹ *Ídem*.

¹⁷² *Ibidem*, p. 8.

¹⁷³ *Ídem*.

establece que en el primer contacto se debe estabilizar al paciente y referir en un segundo momento al establecimiento de salud con personal y equipos necesarios para permitir la resolución de la complicación obstétrica. Esa referencia deberá ser consecuente con lo establecido en la normativa nacional¹⁷⁴ 068 Normativa de la Referencia y Contrarreferencia de pacientes.¹⁷⁵

El protocolo determina que el abordaje integral de las complicaciones obstétricas y neonatales, requiere un manejo dinámico, oportuno e integrado del equipo multidisciplinario, el cual, a su vez, será dirigido por el obstetra a cargo de la paciente.¹⁷⁶

Algunos de los parámetros de la evaluación y estabilización inicial son planteados en el protocolo, debiendo cada uno de los integrantes del equipo de salud estar familiarizado con los mismos, y en la medida de lo posible, establecer un seguimiento y manejo oportuno según el caso y las condiciones de su establecimiento de salud.¹⁷⁷

5.4.5 Factores asociados a la aparición de complicaciones obstétricas

Estos factores pueden ser de dos tipos: uno de origen endógeno, que consiste en las condiciones biológicas de la madre; y el segundo tipo en un componente exógeno, que depende en gran medida de factores asociados a condiciones del medio ambiente social, así como la calidad, acceso, oportunidad y tipo de atención médica recibida.¹⁷⁸

¹⁷⁴ *Ídem.*

¹⁷⁵ Nicaragua, Gobierno de Reconciliación y Unidad Nacional, Ministerio de Salud, “*Normativa 068 Normativa técnica de referencia y contrarreferencia*”, Managua-Nicaragua, 2011, p. 21, Este instrumento establece los mecanismos organizativos y de control para mejorar la articulación entre la comunidad, unidades de salud de los diferentes niveles de atención y otros establecimientos que presten servicios de salud públicos y privados. Toda paciente, que solicite atención en cualquier unidad o establecimiento del Sector Salud puede requerir de una referencia, la cual debe realizarse de manera oportuna, con base en una valoración adecuada del caso y con sustento en el protocolo de atención específico a la patología, bajo criterio clínico o circunstancia que corresponda. Todas las Instituciones Proveedoras de Servicios de Salud, públicas y privadas deberán garantizar la atención de emergencia conforme sus niveles de complejidad para los servicios que han sido habilitadas, sin que sea necesario ningún requisito para la atención del usuario. Las instituciones no podrán imponer, crear barreras o impedir el acceso a la población que requiera esta clase de servicio.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 12.

¹⁷⁷ *Ídem.*

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 20.

6. Culpabilidad

Para MUÑOZ CONDE, en el Derecho penal se emplea la expresión culpabilidad como el conjunto de condiciones que permite declarar a alguien como culpable o responsable de un delito. Desde esta perspectiva, la culpabilidad más que un requisito del delito es un requisito del sujeto para imponer sanción o castigo penal. En esta línea, el Código Penal, aunque no conceptualiza el término de culpabilidad, establece que es un elemento necesario para reprochar penalmente la conducta ante el juzgador, que según el art. 9, referido al principio de responsabilidad subjetiva y de culpabilidad¹⁷⁹, queda prohibida la responsabilidad objetiva por el resultado, no hay pena sin culpabilidad. La pena no podrá superar la que resulte proporcionada al grado de culpabilidad respecto del delito; en consecuencia, se adecuará la pena en función de la menor culpabilidad.

6.1. Elementos de la culpabilidad

Para determinar la culpabilidad del hecho típico y antijurídico cometido por un individuo, es necesario que se den en esa persona una serie de requisitos sin los cuales no se puede hablar de culpabilidad, siendo indispensable que el individuo tenga la capacidad para sentirse motivado por la norma, conozca su contenido y se encuentre en una situación en la que puede regirse sin grandes esfuerzos por ella.¹⁸⁰

Si, por el contrario, el individuo por falta de madurez, por defecto psíquico, por desconocer el contenido de la prohibición normativa o por encontrarse en una situación en la que no le era exigible un comportamiento distinto, no puede ser motivado por la norma o la motivación se altera gravemente, faltará la culpabilidad, dicho en otras palabras, el hecho típico y antijurídico no podrá atribuirse a su autor y, por tanto, éste tampoco podrá ser sancionado con una pena.¹⁸¹

Estos elementos son: *a)* la imputabilidad o capacidad de culpabilidad; *b)* el conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido, y; *c)* La exigibilidad de un comportamiento distinto (circunstancias que excluyen el reproche de culpabilidad).

¹⁷⁹ Nicaragua, “Ley No. 641, Código Penal”, “*Óp. cit.*”.

¹⁸⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. “*Óp. cit.*”, p 357.

¹⁸¹ *Ídem.*

6.1.1. La imputabilidad o capacidad de culpabilidad

En el Derecho Penal, las causas de inimputabilidad o exculpabilidad son aquellas que eliminan la capacidad de un sujeto para ser culpable. Es por ello que se dice que, son causas de inimputabilidad, la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber, es decir, aquellos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse (edad, enfermedad mental, etc.).

En dichas causas de inimputabilidad, si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el sujeto en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró,¹⁸² debido a que, si no se tienen las facultades psíquicas suficientes para poder ser motivado racionalmente, no puede haber culpabilidad.¹⁸³ Lo que da como resultado que el sujeto no sea imputable de alguna sanción.

6.1.2. El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido

La norma penal sólo puede motivar al individuo en la medida en que éste pueda conocer, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones. Si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización; la norma no le motiva y su infracción, si bien es típica y antijurídica, no puede atribuírsele a título de culpabilidad.¹⁸⁴

Junto a la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, constituye también un elemento de la culpabilidad el conocimiento de la antijuridicidad. Quien realiza dolosamente un tipo penal actúa, por regla general, con conocimiento de la ilicitud de su hacer. La tipicidad es un indicio de la antijuridicidad, podemos decir que la realización dolosa de un tipo penal casi siempre va acompañada de la conciencia de que se hace algo prohibido, tanto más cuando el bien jurídico protegido en el tipo en cuestión sea uno de los fundamentales para la convivencia y en cuya protección tiene su razón de ser el Derecho Penal. De ahí que el conocimiento de la antijuridicidad parta de su existencia en el autor de un hecho típico, no justificado, cuando dicho sujeto es imputable.¹⁸⁵

¹⁸²JIMENEZ DE ASÚA, Luis, “*Óp. cit.*” pp.224-225.

¹⁸³ *Ibidem*, p.358.

¹⁸⁴ *Ídem*.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p.381.

6.1.3. La exigibilidad de un comportamiento distinto (circunstancias que excluyen el reproche de culpabilidad)

Normalmente el Derecho exige la realización de comportamientos más o menos incómodos o difíciles, pero no imposibles, sin embargo, no puede exigir comportamientos heroicos.

Toda norma jurídica tiene un ámbito de exigencia fuera del cual no puede exigirse responsabilidad alguna. En este caso, la no exigibilidad de un comportamiento distinto en esas situaciones no excluye la antijuridicidad (el hecho no es justificado por el ordenamiento), sino la culpabilidad (el hecho sigue siendo antijurídico, pero su autor no es culpable).¹⁸⁶

Esta exigibilidad, aunque se rige por patrones objetivos, es, en última instancia, un problema individual: es el autor concreto, en el caso concreto, quien tiene que comportarse de un modo u otro. Cuando la obediencia de la norma pone al sujeto fuera de los límites de la exigibilidad, faltará ese elemento y, con él, la culpabilidad.¹⁸⁷

6.2. La culpabilidad en el injusto aborto

En el injusto de aborto como en cualquier otro delito, la culpabilidad se deduce o infiere del actuar del sujeto que comete un acto penalmente reprochable, es decir antijurídico, por lo que al comprobarse la antijuridicidad en la conducta y esta no se encuentre justificada por el ordenamiento jurídico, el sujeto es imputable y por tanto se constataría la culpabilidad en la acción¹⁸⁸. Es decir, la culpabilidad sólo puede darse una vez comprobada la existencia de la antijuridicidad.

En la interrupción del embarazo por complicaciones obstétricas, en nuestra opinión, no concurre ninguna causa de exclusión de la culpabilidad debido a que la motivación del actuar de los sujetos activos no se ajusta a los elementos que constituyen la culpabilidad.

¹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 387-388.

¹⁸⁷ *Ídem*.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 309.

7. Conclusión

De lo expresado en el presente capítulo se puede concluir, primeramente, que la antijuridicidad es la realización de conducta prohibida por el ordenamiento jurídico; en el injusto de aborto, se refleja en la acción dolosa de los sujetos activos al realizar la conducta tipificada que en principio no es permitida, es decir, “*quien provoque aborto, cause aborto y consienta para que se lo practiquen*”. Dicha antijuridicidad puede verse desvirtuada al presentarse una causa de justificación que exima la responsabilidad penal del actuar de los sujetos, siempre que su conducta se ajuste a lo establecido en las eximentes de responsabilidad penal.

En el injusto de aborto, en el supuesto de la interrupción de embarazo por complicaciones obstétricas, la antijuridicidad se desvirtúa por la concurrencia de la eximente de estado de necesidad cuando se habla de la mujer embarazada y la eximente de cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo para la actuación del personal médico sanitario tomando en consideración el protocolo 109 como *lex artis*.

En el estado de necesidad se justificará la conducta si la mujer embarazada reúne los requisitos establecidos para ello, de lo contrario no se justificaría y sería aplicada como eximente incompleta atenuando la pena.

Por otro lado, en la eximente del cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo se presentan dos presupuestos para ser aplicada, estos son, el que obre en un deber jurídico; y el que obre en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Estas circunstancias se ven reflejadas en el injusto de aborto en el caso que se presenten complicaciones obstétricas que ameriten la interrupción de embarazo cuando el profesional médico o sanitario actúe cumpliendo lo establecido en la *lex artis* con la finalidad de salvaguardar la vida de su paciente.

Cuando hablamos de *lex artis* en el caso de la interrupción del embarazo por complicaciones obstétricas, nos referimos a la resolución administrativa nicaragüense llamada Normativa 109 *Protocolo para la atención de las complicaciones obstétricas* la cual da las pautas al profesional médico para actuar cuando se presenten complicaciones obstétricas que pongan en riesgo la vida de la mujer embarazada.

Como se ha demostrado, la antijuridicidad se desvirtúa por las eximentes estado de necesidad y en el cumplimiento de un deber jurídico y el ejercicio legítimo de derecho, oficio o cargo, las cuales pueden alegarse para justificar la conducta de los sujetos activos, y a consecuencia de ello se exceptúa la comprobación de la culpabilidad del autor, debido a que sólo puede darse una vez comprobada la existencia de la antijuridicidad.

EXCURSO. ANTINOMIA NORMATIVA: LO PENAL VS LO ADMINISTRATIVO

Debido a que la existencia del Protocolo 109 del MINSA genera un impacto en la aplicación de los delitos contra la vida dependiente; hemos considerado a efectos de mayor claridad expositiva, realizar un excursio sobre esta normativa extra penal que puede servir como base o fundamento para alegar la eximente de responsabilidad penal del artículo 34 numeral 7: quien “*obre en cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*” con la finalidad de justificar la conducta del profesional médico o sanitario.

Ello llevó a que se nos presentará un cuestionamiento jurídico-jerárquico con referencia a qué norma debe prevalecer, a raíz de la antinomia que se evidencia entre lo establecido en el Código penal (ley ordinaria) y el Protocolo para la atención de las complicaciones obstétricas. La respuesta a esta interrogante no se encuentra desarrollada en el cuerpo de la tesis, pero tiene un vínculo directo a través de la figura del presente excursio.

1. Código Penal y Normativa 109 Protocolo para la atención de complicaciones obstétricas

A través de la presente investigación se evidencia una contradicción en el sistema jurídico nicaragüense al prohibir el Código Penal, todo tipo de aborto y el Protocolo No. 109, al permitir la finalización del embarazo por complicaciones obstétricas bajo indicaciones terapéuticas.

Por ello es necesario establecer a que se refiere ley ordinaria (CP) y normativa ministerial (N.109), para determinar su trascendencia y posteriormente identificar el grado jerárquico al que pertenece cada una con respecto a la otra, logrando así identificar qué norma debe prevalecer.

1.1. Ley ordinaria

En sentido *formal*, se llama “ley” a cualquier acto o documento que, independientemente de su contenido normativo, emana del órgano legislativo y que goza por eso de un peculiar régimen jurídico (en particular, que sea eficaz erga omnes). En sentido *material*, se llama “ley” a cualquier acto o documento que, independientemente del órgano

del cual emana y del régimen jurídico que lo caracteriza, exprese o contenga normas generales y abstractas.¹⁸⁹

El artículo 93 de la Ley Orgánica del Poder Legislativo define a la ley como “*una solemne declaración de la voluntad soberana que, manifestada por la Asamblea Nacional en la forma prescrita por la Constitución Política, obliga a todos, manda, prohíbe o permite hacer algo*”.¹⁹⁰

Las leyes ordinarias son las que desarrollan o interpretan la constitución, es decir que representan un acto de aplicación de preceptos constitucionales, así como su interpretación, extensión o restricción.¹⁹¹ Ciertos autores dividen las leyes ordinarias en dos grupos, a saber: de organización y de comportamiento. A las primeras suelen llamarles orgánicas. Su fin primordial consiste, como el nombre lo indica, en la organización de los poderes públicos, de acuerdo con las normas constitucionales. Las segundas tienen como finalidad esencial regular la conducta de particulares.¹⁹²

1.2. Acuerdo Ministerial

VELÁSQUEZ VILLAMAR en su obra “Conceptos Jurídicos Básicos del Derecho Administrativo y Tributario” define a un Acuerdo Ministerial como el acto normativo o administrativo con jerarquía inferior a la Ley y al Decreto Ejecutivo, emitido por un Ministerio.¹⁹³

En un sentido estricto, el acuerdo ministerial o acuerdo administrativo, puede revestir aspectos formales, en cuanto a que constituye el acto mediante el cual, el titular de un órgano de jerarquía superior (Poder Ejecutivo) conoce de un asunto, cuya resolución le compete y le ha sido sometido a consideración por el titular de un órgano de grado inferior¹⁹⁴. Ello es en

¹⁸⁹ CARBONELL, Miguel; PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (Coordinadores), “*Elementos de técnica legislativa*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, [en línea], 2000, México, n. 44, [consultado el 17/03/2022], p. 15, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/21/tc.pdf>.

¹⁹⁰ Nicaragua, “*Ley No. 606, Ley Orgánica del Poder Legislativo de la República de Nicaragua con reformas incorporadas*”, en La Gaceta, Diario Oficial de 18 de junio de 2018, No. 115.

¹⁹¹ ESCOBAR FORNOS, Iván, “*El Constitucionalismo nicaragüense*”, Tomo I, Editorial Hispamer, p. 21.

¹⁹² GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, “*Introducción al estudio del Derecho*”, 53a. ed., México, Editorial Porrúa, 2002, p. 86.

¹⁹³ VELÁSQUEZ VILLAMAR, Gastón, “*Conceptos Jurídicos Básicos del Derecho Administrativo y Tributario*”, [en línea], 2008, Quito, Ecuador, [consultado el 17/03/2022], p. 16, disponible en: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4057/1/PI-2008-08-Vel%C3%A1squez-Conceptos%20Jur%C3%ADdicos.pdf>.

¹⁹⁴ Nicaragua, “*Ley No. 290, Ley de organización, competencia y procedimientos del Poder Ejecutivo con reformas incorporadas*”, La Gaceta, Diario Oficial, del 22 de febrero de 2013, No. 35. Art 16 Funciones

vista a que los órganos superiores tienen facultades para dar órdenes o instrucciones a los inferiores, ya sea para interpretar lo dispuesto por la ley, para cumplir con ella, o para dictar órdenes y dar indicaciones destinadas a garantizar el buen servicio dentro de la administración o también para que la resolución de los asuntos de la administración se lleve a cabo.¹⁹⁵

Es importante hacer mención que estos acuerdos sólo producen efectos dentro de la propia estructura, es decir, que son exclusivamente internos y no atañen a los particulares, o a otros sujetos de derecho que no tengan el carácter de funcionarios o trabajadores al servicio del Estado.¹⁹⁶

Para KELSEN, una norma jurídica determina la forma en que otra es creada, así como, en cierta medida, el contenido de la misma. La relación entre la que regula la creación de otra y esta misma norma, puede presentarse como un vínculo de supra y subordinación. La norma que determina la creación de otra, es superior a ésta; la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera. El orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, no es, por tanto, un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallan, por así decirlo, una al lado de otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles. La unidad de esas normas se encuentra constituida por el hecho de que la creación de la de grado más bajo se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta.¹⁹⁷

Es decir, KELSEN establece la estructura lógica del ordenamiento jurídico como una estructura escalonada, compuesta por un conjunto de normas (que son sus elementos constitutivos) que ocupan distintos planos por hallarse ordenadas según niveles de jerarquía, lo que determina que haya normas superiores e inferiores. Esta gradación del ordenamiento jurídico puede representarse con fines didácticos como una “pirámide jurídica” en la que se

Minerales, inciso C, “Formular y proponer al Presidente de la República los anteproyectos de leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, resoluciones y órdenes; refrendar los decretos y providencias”.

¹⁹⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, [en línea], 2019, Tomo I, Universidad Nacional Autónoma de México, [Consultado el 19/03/2022], p. 91, disponible en: https://repositorio.unam.mx/contenidos/diccionario-juridico-mexicano-a-b-tomo-i-5019792?c=z7jn2a&d=false&q=humanidades&i=4&v=1&t=search_0&as=0.

¹⁹⁶ *Ibidem*. p.98.

¹⁹⁷ Hans Kelsen, Traducción García Máynez, “*Teoría General del Derecho y del Estado*”, México, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 146.

van ubicando las diferentes normas según su jerarquía y generalidad, características que van disminuyendo a medida que descendemos las gradas normativas.¹⁹⁸

La doctrina jurídica coincide en que los elementos o escalones que constituyen la pirámide de Kelsen son la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales, las leyes orgánicas, las leyes ordinarias, los decretos y reglamentos, las ordenanzas municipales, acuerdos y resoluciones. Sin embargo, estos elementos pueden variar en dependencia de los diferentes sistemas jurídicos.

GALINDO SOZA establece que, a través de la jerarquía normativa o pirámide Kelseniana se puede clasificar al ordenamiento jurídico en tres niveles: el Fundamental, el Legal y el Sublegal. En el nivel Fundamental tenemos a la Constitución Política del Estado, los tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos. En el nivel Legal se ubican las leyes orgánicas, las leyes ordinarias, decretos ley y las ordenanzas municipales. En el nivel Sublegal se encuentran los decretos legislativos y ejecutivos, resoluciones ministeriales, reglamentos, resoluciones municipales y los acuerdos (nacionales, departamentales y municipales).¹⁹⁹

En el caso específico del ordenamiento jurídico nicaragüense, el Poder Legislativo lo ejerce la Asamblea Nacional por delegación y mandato del pueblo, en sus atribuciones se encuentran, entre otras: elaborar y aprobar las leyes y decretos, así como reformar y derogar los existentes, tales como: la Ley 290, Ley de Organización, Competencia y Procedimientos del Poder Ejecutivo, la ley No. 641 Código Penal, entre otras.²⁰⁰

El Poder Ejecutivo dicta las Políticas de Estado, en el cumplimiento de estos lineamientos los Ministerios de Estados proponen políticas del sector ministerial correspondiente y presentan anteproyectos de resoluciones, reglamentos y acuerdos a la Presidencia.²⁰¹

¹⁹⁸ SUÁREZ, Emiliano, “*Introducción al estudio del Derecho*”, Universidad Nacional del Litoral, [en línea], 2020, 3a ed., Argentina, [consultado el 25/03/2022], p. 124, disponible en: https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8443/bitstream/handle/11185/5535/introduccio%CC%81n_al_%20DEREC%20HO_web.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

¹⁹⁹ GALINDO SOZA, MARIO, “*La pirámide de Kelsen o jerarquía normativa en la nueva CPE y el nuevo derecho autónomico*”, Scielo, [en línea], 2018, [consultado el 25/03/2022], disponible en: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102018000200008.

²⁰⁰ *Ídem*, art.138.

²⁰¹ Nicaragua, “*Ley No. 290, Ley de organización, competencia y procedimientos del Poder Ejecutivo con reformas incorporadas*”, “*Óp. cit.*”.

Los Ministerios de Estado se encuentran establecidos en el artículo 12 de la ley 290 que dicta el poder legislativo, en el que confiere las atribuciones de cada ministerio; dentro de ellos está el Ministerio de salud, el cual en su artículo 26 establece que tiene entre sus funciones coordinar y dirigir la ejecución de la política de salud del Estado en materia de promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud; organizar y dirigir los programas, servicios y acciones de salud de carácter preventivo y curativo y promover la participación de las organizaciones sociales en la defensa de la misma; y dirigir y administrar el sistema de supervisión y control de políticas y normas de salud.

El Ministerio de Salud, en uso de estas facultades y por orientaciones del Gobierno de la República adopta el Modelo de Salud Familiar y Comunitario (MOSAFC) y con el Objetivo de reducir la mortalidad materna y perinatal elabora el Acuerdo Ministerial No. 273-2013 que aprueba el Protocolo para la atención de las Complicaciones Obstétricas.

En vista al rango jerárquico en el que se encuentran el acuerdo ministerial y el Código penal, se deja en evidencia el conflicto entre normas de diferentes jerarquías, apareciendo una antinomia cuando dos normas que regulan el mismo supuesto de hecho y asignan consecuencias jurídicas incompatibles, están en diferentes gradas en la jerarquía normativa.²⁰²

Esto es mientras el legislador penal ha optado por prohibir cualquier forma de interrupción del embarazo con un planteamiento completamente diferente y hasta contradictorio al establecido en la referida legislación penal (Código Penal), el Ministerio de Salud, aprobó e implementó una normativa de carácter administrativa, que lleva por nombre “Protocolo para la atención de las Complicaciones Obstétricas”, que tiene por objetivo dar atención, reconocer de forma temprana y oportuna las complicaciones obstétricas que ponen en peligro la vida de las embarazadas, parturientas o puérperas, realizando un abordaje inmediato y adecuado, para evitar el agravamiento y la muerte de la mujer (*lo que supone la posibilidad de interrumpir el embarazo*).²⁰³

²⁰² SUÁREZ, Emiliano, “*Óp. cit.*”, pp. 126-127.

²⁰³ La letra en cursiva no aparece en el original.

2. ¿Qué norma debe prevalecer en caso de presentarse una contradicción normativa como la supra descrita?

En el supuesto concreto se debe resolver en favor de la validez de la norma superior, aplicando un criterio jerárquico en consideración al principio de jerarquía normativa. Como ya lo hemos visto, la validez requiere de la conformidad de la norma inferior con la norma superior; es decir, que exista una correlación y subordinación entre los instrumentos; aquélla resultará válida si fue dictada por la autoridad competente en uso de sus facultades, según los procedimientos y sin contradecir los contenidos de ésta. De no darse estos tres requisitos²⁰⁴, la norma inferior es inválida.²⁰⁵

A través de la jerarquía legislativa que señala Kelsen se deja en evidencia que, al ser el protocolo para la atención de las complicaciones obstétricas un acuerdo ministerial (norma de rango jerárquico inferior) emanado del Poder Ejecutivo no puede contradecir lo establecido en el Código Penal (ley ordinaria). ¡Su contenido tiene claros visos de inconstitucionalidad!²⁰⁶. Por este motivo, desde el punto de vista estrictamente formal, consideramos que en el supuesto de aborto debe primar el contenido de la Ley No. 640. Esto es prohibir cualquier forma de interrupción del embarazo y ello con independencia de las razones que concurran.

²⁰⁴ El Protocolo No. 109 es una norma válida debido a que cumple con estos requisitos, ya que es emitida por el Ministerio de Salud en pleno uso de sus facultades otorgada por ley.

²⁰⁵ SUÁREZ, Emiliano, “*Óp. cit*”, p. 128.

²⁰⁶ Desde un punto de vista estrictamente positivo, ello es en vista a que afecta el principio de reserva formal de la ley, razón por la cual se habla de cuestionamiento constitucionales.

DISEÑO METODOLÓGICO

El presente trabajo es por su objeto de estudio de tipo teórico documental con un enfoque deductivo de las eximentes de responsabilidad penal, del estado de necesidad y el cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, determinado si se ajustan a los fines de la investigación. Se pretende en síntesis realizar una interpretación teleológica de las eximentes de responsabilidad penal antes mencionadas, aplicando a la interrupción del embarazo por indicaciones terapéuticas. El desarrollo del trabajo de investigación requirió de la utilización del método análisis síntesis que consiste en descomponer un objeto de estudio separando cada una de las partes del todo para estudiarlas en forma individual. Los instrumentos utilizados se derivan de la técnica de recopilación documental tales como revisión de tesis, libros, páginas web u otras fuentes útiles para llevar a cabo nuestro trabajo investigativo.

Área de estudio: Derecho Público

Área de Investigación: Ciencias Penales

Línea de Investigación: Tendencias y Problemas Actuales de las Ciencias Penales.

CONCLUSIONES

Como conclusión y en respuesta a nuestro primer objetivo, se determinó que se tiene que recurrir a la norma administrativa para poder obtener un concepto de aborto ya que el tipo penal no lo establece y para conocer el significado de lo que debe entenderse por tal debemos remitirnos a la normativa extrapenal, evidenciándose una contradicción entre esta disposición normativa y el código penal. Esta normativa extrapenal no solo recoge el significado de aborto, sino que también admite la posibilidad de interrumpir el embarazo por indicaciones terapéuticas y a su vez establece los casos en que se puede aplicar esa interrupción del embarazo tomando en consideración la preservación de la vida de la mujer según el caso.

Con respecto al segundo objetivo se determinó que el injusto de aborto contenido en el artículo 143 CP tiene la amplitud necesaria para prohibir las diferentes formas de interrupción del embarazo, aún en casos de tipo terapéutico, estando a través del articulado prohibida cualquier forma de interrupción del embarazo indistintamente de las razones que lo llevaran a cabo. Con dicho análisis se logró identificar el tipo objetivo y subjetivo que conforman este injusto, siendo el bien jurídico tutelado la vida independiente, entendida esta como el no nacido. Este tipo de delito, está configurado por un tipo básico, un subtipo cualificado, y un subtipo básico con tratamiento atenuado.

Asimismo, podemos concluir que las conductas típicas vienen descritas en el precepto con los verbos “*provocar*”, “*causar*”, “*consentir*”, describiendo el accionar de cada uno de los sujetos activos. Dichos sujetos activos de acuerdo con la conducta mencionada, algunos pueden ser cualquier persona, como también, al referirnos al subtipo agravado o cualificado, pueden ser profesionales médicos o sanitarios, como a su vez con respecto al subtipo básico con tratamiento atenuado, la mujer embarazada. Por otro lado, en el injusto de aborto cuando se habla del sujeto pasivo y el objeto material sobre el que recae la conducta, se hace alusión a el no nacido.

De acuerdo a los sujetos activos, en el tipo básico se estaría en presencia de un delito común; en el subtipo cualificado por un delito especial impropio; y por último en el subtipo básico con tratamiento atenuado por otro delito especial impropio.

Este tipo penal está configurado como un delito de resultado de lesión, siendo necesaria la consumación de la conducta para ser objeto de sanción, es decir, la destrucción del producto de la concepción.

Ahora bien, cuando se omite el actuar en el caso que una mujer embarazada presente un riesgo obstétrico grave, el cual implique un riesgo para sus bienes jurídicos vida y salud, siendo necesario la interrupción del embarazo, y el profesional médico no lo lleva a cabo porque sabe que ello conllevaría a una sanción por el delito de aborto, incurriría en omisión por omisión, debido a que al ser parte de su profesión tiene el deber de garante de salvaguardar los bienes jurídicos de su paciente.

A su vez, en la parte subjetiva de este tipo penal se admite la modalidad dolosa como también, en el precepto del artículo 145 la modalidad imprudente.

Como respuesta a nuestro tercer objetivo, identificamos que en el injusto de aborto en el supuesto que se presenten complicaciones obstétricas y sea necesario la interrupción del embarazo por indicaciones terapéuticas para salvaguardar la vida de la mujer en estado de gravedad, la conducta se encontraría protegida por las eximentes estado de necesidad, que viene a amparar a la mujer embarazada, siempre y cuando cumpla con los requisitos que brinda la ley penal, y la eximente del cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo en el caso del profesional médico o sanitario.

Podemos concluir también que el planteamiento político criminal utilizado por las autoridades a nivel administrativo (MINSA), al emitir estas disposiciones que prevén y permiten la interrupción del embarazo, es congruente con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, en específico el ODS 3 referido a garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos y todas en todas las edades. Una de las metas de dicho ODS es reducir para el 2030 la tasa mundial de mortalidad materna a menos de 70 por cada 100,000 nacidos vivos.²⁰⁷

Finalmente, dando respuesta a nuestro cuarto objetivo, concluimos que, del análisis del Protocolo 109 del MINSA y el Código Penal se determinó que no existe un planteamiento político criminal claro en la norma penal, sí existe una política de Estado coherente en el ámbito administrativo-sanitario convirtiendo particularmente los delitos contra la vida dependiente en letra muerta; dicho de otra manera, estamos ante un Derecho Penal simbólico puro y duro.

²⁰⁷ ONU Mujeres: ODS 3: garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos y todas en todas las edades. <https://www.unwomen.org/es/news/in-focus/women-and-the-sdgs/sdg-3-good-health-well-being#:~:text=Para%202030%2C%20reducir%20la%20tasa,por%20cada%20100.000%20nacidos%20vivos.>

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- BACIGALUPO, Enrique, “*Manual de Derecho Penal parte general*”, 3a reimp. Bogotá, Colombia, editorial Temis S.A., 1996.
- CREUS, Carlos, “*Derecho Penal parte general*”, 3a ed. Actualizada y Ampliada, Editorial ASTREA, Buenos Aires, Argentina, 1992.
- GARRIDO MONTT, Mario, “*Derecho Penal, Parte General Nociones fundamentales de la teoría del delito*”, 3a ed., tomo II, editorial Jurídica de Chile, Chile, 2003.
- ESCOBAR FORNOS, Iván, “*El Constitucionalismo nicaragüense*”, tomo I, editorial Hispamer.
- ETCHEBERRY, Alfredo, “*Derecho penal, Parte general*”, 3a ed., tomo I, editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, 1999.
- FONTAN BALESTRA, Carlos, “*Derecho Penal Introducción y Parte General*”, editorial ABELEDO-PERROT, Buenos Aires, Argentina, 1998.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, “*Introducción al estudio del Derecho*”, 53a. ed., Editorial Porrúa, México, 2002.
- GAVIRIA TRESPALACIOS, Jaime, “*La inimputabilidad: concepto y alcance en el código penal colombiano*”, Revista Colombiana de Psiquiatría, [En línea], 2005, Colombia, vol. 34.
- Hans Kelsen, Traducción García Máñez, “*Teoría General del Derecho y del Estado*”, editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995.
- JIMENEZ DE ASÚA, Luis, “*Lecciones de Derecho Penal*”, tomo 7, editorial Harla, México, 1997.
- KIERSZENBAUM, Mariano, “*El bien jurídico en el Derecho Penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual*”, editorial Lecciones y Ensayos, Facultad de Derecho U.B, Buenos Aires, Argentina, 2009.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “*Lecciones de Derecho Penal Parte General*”, 3ª ed. Ampliada y revisada, editorial UCA, Managua-Nicaragua, 2017.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes, “*Derecho Penal parte general*”, 8va ed., Editorial tirant lo blanch, Valencia, 2010.

- PAVEZ CORTÉS, Belén, “*El delito de aborto: concepto y límites de la protección jurídico-penal del bien jurídico tutelado*”, Santiago, Chile, 2020.
- PEREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia, “*El aborto una lectura de derecho comparado*”. 1ª ed. México, editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.
- PLASENCIA VILLANUEVA, Raúl, “*Teoría del delito*”, 3a ed., editorial reimp, México, UNAM, editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- SAURA ESTAPÁ, Jaume, “*El estándar jurídico internacional sobre la interrupción voluntaria del embarazo: Reflexiones en perspectiva de derechos humanos*”. Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2019.
- VEGA GUTIÉRREZ, José, “*La Política criminal del aborto en Nicaragua: hacia la despenalización del aborto terapéutico*”, Resumen Ejecutivo, Managua-Nicaragua, PBS de Nicaragua S.A., 2020.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro, “*Manual de Derecho Penal, Parte General*”, 2ª ed., editorial Ediar, Buenos Aires, 2008.

Libros digitales

- AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, “*Causas de Justificación*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, [en línea], UNAM, México, [consultado el 03/03/22], disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3390/7.pdf>.
- ÁLVAREZ GÁLVEZ, Ignacio, “*Sobre el concepto de deber jurídico de Hans Kelsen*”, BOLETÍN DE LA FACULTAD DE DERECHO, [en línea], 2000, Madrid, [consultado el 01/03/22], disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-2000-16-91B0E365/PDF>.
- BLANCO ORTÉS, Aitor. “*El delito de aborto historia, estudio de la última reforma por lo 11/2015 y Derecho Comparado*”, Alcalá de Henares, [en línea], 2016, [consultado el 19/08/21], disponible en: <https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/31963/TRABAJO%20DE%20FIN%20DE%20M%20C3%81STER.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

- BESIO, Mauricio; CHOMALÍ, Fernando; NEIRA, Jorge; VIVANCO, Ángela, “*Aborto terapéutico: Consideraciones médicas, éticas, jurídicas y del magisterio de la Iglesia católica*”, , Facultad de Medicina Centro de Bioética Departamento de Obstetricia y Ginecología Centro de Estudios Jurídicos Avanzados, [en línea], 2008, Chile, [consultado el 08/07/2021], disponible en: <https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/%20es/lil-545125>.
- CARBONELL, Miguel; PEDROZA DE LA LLAVE, Susana (Coordinadores), “*Elementos de técnica legislativa*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, [en línea], 2000, México, n.44, [consultado el 17/03/2022], disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/21/tc.pdf>.
- CECCO, Elda; MANSILLA, Angélica, “*El aborto en Roma, Consideraciones jurídicas y morales*”, Universidad Nacional de Cuyo, [en línea], [consultado el 08/07/2021], disponible en: https://librosffyl.bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/10956/03-cecco.pdf.
- CIJUL, “*El Estado de Necesidad en el Derecho Penal*”, Universidad de Costa Rica, [en línea], [consultado el 9/02/2022], disponible en: <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=MzM0MQ==>.
- COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. “*El Estado de Necesidad y los Daños Ocasionados*”, UNAM, [en línea], México, [consultado el 22/01/22], disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/72-73-74/el-estado-de-necesidad-y-los-danos-ocasionados.pdf>.
- GONZÁLEZ CASTRO, José Arnoldo, “*Teoría del Delito*”, PROGRAMA DE FORMACIÓN INICIAL DE LA DEFENSA PÚBLICA, [en línea], 2008, 1a. ed., San José, C.R. Poder Judicial, [consultado el 04/01/22], disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/27646.pdf>
- GUTIERREZ PÉREZ, Amado, “*El aborto procurado un delito vigente pero no positivo en Guatemala*”, Universidad de San Carlos, [en línea], 2005, Guatemala, [consultado el 15/11/21], disponible en: http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_6008.pdf.

- GUTIÉRREZ ARANGUREN, José Luis, “*La imprudencia profesional*”, Lecciones de Derecho Sanitario, [en línea], [consultado el 13/05/22], disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/61907445.pdf>
- GALINDO SOZA, MARIO, “*La pirámide de Kelsen o jerarquía normativa en la nueva CPE y el nuevo derecho autonómico*”, Scielo, [en línea], 2018, [consultado el 25/03/2022], disponible en: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102018000200008.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México [en línea], 2019, tomo I, [consultado el 19/03/2022], disponible en: https://repositorio.unam.mx/contenidos/diccionario-juridico-mexicano-a-b-tomo-i-019792?c=z7jn2a&d=false&q=humanidades&i=4&v=1&t=search_0&as=0.
- LASTRA LASTRA, José Manuel, “*Conceptos Jurídicos Fundamentales*”, Investigaciones Jurídicas de la UNAM, [en línea], México, [consultado el 02/03/2022], disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/116/25.pdf>.
- ORTS BERENQUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José, “*Manual de Derecho Penal Parte General*”, Conforme al Proyecto de Código Penal de la República de Nicaragua de 2003, [en línea], 2004, [consultado el 21/02/22], disponible en: <https://caj.fiu.edu/espanol/proyectos/nicaragua/manual-de-derecho-penal-nicaragua.pdf>
- ORTEGA BAÚN, Ana, “*Lo real del aborto en la Castilla de finales de la edad media y principios de la edad moderna (1400-1555)*”, [en línea], [consultado el 08/07/2021], disponible en: http://www.ilgentillauro.com/extra/descargas/des_50/ActaLauris-2-2015/AL2_Ana.pdf.
- VELÁSQUEZ VILLAMAR, Gastón, “*Conceptos Jurídicos Básicos del Derecho Administrativo y Tributario*”, [en línea], 2008, Quito-Ecuador, [consultado el 17/03/2022], disponible en: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4057/1/PI-2008-08Vel%C3%A1squez-Conceptos%20Jur%C3%ADdicos.pdf>.
- VALAREZO TREJO; Ermen: VALAREZO TREJO, Ricardo; DURÁN OCAMPO, Armando, “*Algunas consideraciones sobre la tipicidad en la teoría del delito*”, Revista Científica de la Universidad de Cienfuegos, [en línea], 2019, vol. 11, n. 1,

[consultado el 15/03/22], disponible en: <http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v11n1/2218-3620-rus-11-01-331.pdf>.

SUÁREZ, Emiliano, “*Introducción al estudio del Derecho*”, Universidad Nacional del Litoral, [en línea], 2020, 3a ed., Argentina, [consultado el 25/03/2022], disponible en: https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8443/bitstream/handle/11185/5535/introduccio%CC%81n_al_%20DERECHO_web.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Periódicos

CASTILLO MONTERREY, Marcelo, 2008, “*Verdades y mentiras jurídicas sobre el denominado aborto terapéutico*”, El Nuevo Diario [en línea], Nicaragua, [consultado el 21/4/2022], disponible en: <https://www.elnuevodiario.com.ni/blogs/articulo/278-verdades-mentiras-juridicas-denominado-aborto-tera/>.

Artículos / revista

ARÁUZ ULLOA, Manuel, “*El bien jurídico protegido*”, Revista de Derecho UCA, [en línea], [consultado el 19/08/21], disponible en: <h://www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/view/1526/1331#:~:text=Con%20la%20expresi%C3%B3n%20bien%20jur%C3%ADdico,PENA%2Dal%20hablar%20de%20bien>.

ARAÚZ ULLOA, Manuel, “*La omisión, comisión por omisión y posición de garante*”, Revista Académica de la Universidad Centroamericana, [en línea], [consultado el 10/05/22] disponible en: <http://repositorio.uca.edu.ni/696/1/encuentro54articulo4.pdf>

CHANG KCOMT, Romy, “*Dolo Eventual e Imprudencia Consciente: reflexiones en torno a su delimitación*”, Revista Derecho & Sociedades, [en línea], n. 36, [consultado el 22/0222], disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/13232/13843/>

CLINIC CLOUD, “*Tipos de profesionales de la salud*”, [en línea], [consultado el 15/11/21], disponible en: <https://clinic-cloud.com/blog/tipos-de-profesionales-de-la-salud-cuales-son/>.

- CIJUL, “*Dolo Eventual*”, Universidad de Costa Rica, [en línea], [consultado el 13/05/22], disponible en: <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=MTI0Mw==>.
- DA COSTA LEIVA, Miguel, “*El problema del aborto y el infanticidio en los filósofos griegos*”, Revista Latinoamericana de Bioética, [en línea], 2011, Chile, vol. 11.
- El Financiero por Notimex, “*Antes de las 12 semanas, el embrión no es persona: experto de la UNAM*”, [en línea], 2019, [consultado el 09/11/2021] disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/ciencia/antes-de-las-12-semanas-el-embrión-no-es-persona-experto-de-la-unam/>.
- GÓMEZ HUILCA, Gabriela, “*Estado de Necesidad Justificante vs. Estado de Necesidad Disculpante; y su correcta aplicación en la Legislación Ecuatoriana*”, [en línea], 2017, Quito, [consultado el 12/02/2022], disponible en: <https://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/6698/1/132269.pdf>
- ISHIKAWA, Raine, “*Complicaciones obstétricas y agresión. Agresividad – Agresión*”, [en línea], 2009, Estados Unidos, [consultado el 09/07/2021], disponible en: <https://www.encyclopedia-infantes.com/agresividad-agresion/segun-los-expertos/complicaciones-obstetricas-y-agresion>
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “*Exención de la responsabilidad penal en el ámbito médico: causas de justificación y de exclusión de la tipicidad*”, [en línea], [consultado el 03/03/22], disponible en: <https://www.ficp.es/wp-content/uploads/2016/03/Ponencia-Luz%C3%B3n-Pe%C3%B1a.pdf>.
- MAYO ABAD, Digna, “*Algunos aspectos históricos-sociales del aborto*”, Instituto de Ciencias Superior de La Habana, [en línea], 2002, [consultado el 08/07/2021], disponible en: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0138-600X2002000200012.
- MAYO CLINIC, “*Embarazo Molar*”, [en línea], [consultado el 15/11/21], disponible en: <https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/molar-pregnancy/symptoms-causes/syc-20375175>.
- OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, “*Aborto y Justificación*”, En Revista Chilena de Derecho, [en línea], vol. 39, n. 32, [consultado el 21/4/2022], disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372012000200006

UZCÁTEGUI, Ofelia, “*Derechos del no nacido*”, Revista Obstet Ginecol Venez, [en línea], 2013, [consultado el 09/11/21], disponible en: <http://ve.scielo.org/pdf/og/v73n2/art01.pdf>.

Universidad de Navarra, El sistema español: Los delitos, Glosario, “*Delito de resultado y de mera actividad*”, [en línea], [consultado el 05/01/21], disponible en: <https://www.unav.es/penal/crimina/glosariportal.html>.

VACA KAHUT, Josué, “*Morbimortalidad materna*”, Revista de Ciencias Médicas, [en línea], 2018, vol. 13, [consultado el 6/4/2022], disponible en: <https://www.medigraphic.com/pdfs/cubaysalud/pcs-2018/pcss181by.pdf>.

VEGA ARRIETA, Aroldo, “*El análisis gramatical del tipo*”, Revista unisimon, [en línea] 2016, [consultado el 15/11/21], disponible en: <http://revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/view/773/761>

Legislación:

Nicaragua, “*Texto de la Constitución Política de la República de Nicaragua con sus Reformas Incorporadas*”, en La Gaceta, Diario Oficial de 18 de febrero de 2014, No. 32.

Nicaragua, “*Ley No. 606, Ley Orgánica del Poder Legislativo de la República de Nicaragua con reformas incorporadas*”, en La Gaceta, Diario Oficial de 18 de junio de 2018, No. 115.

Nicaragua, “*Ley No. 290, Ley de organización, competencia y procedimientos del Poder Ejecutivo con reformas incorporadas*”, en La Gaceta, Diario Oficial de 22 de febrero de 2013, No. 35.

Nicaragua, “*Ley No. 295, Ley de promoción, protección y mantenimiento de la lactancia materna y regulación de la comercialización de sucedáneos de la leche materna*”, en La Gaceta, Diario Oficial de 28 de junio de 1999, No. 122.

Nicaragua, “*Código Civil de la República de Nicaragua*”, en La Gaceta, Diario Oficial de 11 de diciembre de 2019, No. 236.

Nicaragua, “*Ley 641 Código Penal*”, en La Gaceta, Diario Oficial, de 5, 6, 7, 8 y 9 de mayo de 2008, No 83, 84, 85, 86 y 87.

Nicaragua, “*Ley No. 423, Ley General de Salud*”, en La Gaceta, Diario Oficial de 17 de mayo del 2002, No. 91.

Nicaragua, “*Ley No. 870, Código de Familia*”, en La Gaceta, Diario Oficial de 8 de octubre de 2014, No. 190.

Acuerdos Ministeriales

Nicaragua, Gobierno de Reconciliación y Unidad Nacional, Ministerio de Salud, “*Normativa 109 Protocolo para la atención de complicaciones obstétricas*”, 2ª ed., Managua-Nicaragua, 2018.

Nicaragua, Gobierno de Reconciliación y Unidad Nacional, Ministerio de Salud, “*Normativa 0-11 Normas y protocolos para la atención prenatal, parto, recién nacido/a y puerperio de bajo riesgo*”. Managua-Nicaragua, 2015.

Nicaragua, Gobierno de Reconciliación y Unidad Nacional, Ministerio de Salud, “*Normativa 068 Normativa técnica de referencia y contrareferencia*”, Managua-Nicaragua, 2011.

Sitios Web

CLINICA UNIVERSIDAD DE NAVARRA, Diccionario Médico, *Terapéuticas*, [en línea], [consultado el 20/10/2021], disponible en: <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/terapeutica#:~:text=f.,del%20tratamiento%20de%20las%20enfermedades>.

RAE, “*Indicaciones terapéuticas*”, [en línea], [consultado el 20/10/2021], disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/indicaci%C3%B3n-terap%C3%A9utica>

RAE, “*omnicomprensivo*”, [en línea], [consultado el 15/11/21], disponible en: <https://dle.rae.es/omnicomprensivo>

RAE, “*provocar*”, [en línea], [consultado el 15/11/21], disponible en: <https://dle.rae.es/provocar>.

RAE, “*causar*”, [en línea], [consultado el 15/11/21], disponible en: <https://dle.rae.es/causar>.

RAE, “*consentir*”, [en línea], [consultado el 15/11/21], disponible en: <https://dle.rae.es/consentir>.

RAE: “*Lex artis*”, [en línea], [consultado el 03/03/22], disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/lex-artis>.