

El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1º — Refórnase el artículo 87 del Código Penal (t.o. ley 11.179 y sus modificatorias), el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 87: Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo si el embarazo de la mujer fuere notorio o le constare al autor.

Si en las mismas condiciones se produjere un aborto, cuando el embarazo no fuere notorio o no le constare al autor, la pena se disminuirá a la mitad.

Art. 2º — Incorpórase como artículo 87 bis del Código Penal (t.o. ley 11.179 y sus modificatorias), el siguiente texto:

Artículo 87 bis: Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial, en su caso, por uno a seis años, el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los deberes a su cargo causare un aborto.

Art. 3º — Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Carlos O. Menem. — Marta L. Ricadora

FUNDAMENTOS

Señor presidente:

El Código Penal prevé el aborto en el título de los delitos contra las personas, al final del capítulo de los delitos contra la vida. No existe ninguna duda en el caso sobre el bien jurídico que tutela la norma. La cámara del crimen de la Capital señaló en forma pacífica que el mismo es la vida del feto, al declarar que... "la mujer que ha consentido el aborto no es jurídicamente víctima de él, sino que lo es el feto, pues la vida de éste es el único bien protegido; el daño que pudieran aparear las maniobras dolosas de un tercero no está protegido, pues la madre inviste una sola calidad: la de victimaria". ("La Ley", tomo 108, página 740.)

Ahora bien, la materialidad del aborto consiste en la interrupción del embarazo, con muerte del feto o fruto de la concepción. Pero la expulsión o no expulsión del feto no forma parte del hecho aborto, por lo que el delito se consuma en el momento de ser destruida la vida intrauterina que es el objeto de la tutela penal (conforme Soler, *Tratado de derecho penal argentino*, tomo III, 85 II; Núñez, tomo III, página 161).

La noción material que hemos dado del aborto, válida para el derecho argentino, supone un presupuesto, la existencia de feto vivo, e impone una limitación: que la muerte haya sido causada antes de comenzar a nacer. Debe tratarse de feto vivo, porque el delito consiste en causar su muerte. Pero no es indispensable que la muerte se produzca dentro del seno materno; puede ser el feto expulsado con vida y morir, sin mediar hecho alguno posterior, como consecuencia de la expulsión prematura provocada por el aborto.

Carece de significado para la ley el tiempo transcurrido desde la gestación: es suficiente y necesario el estado de gravidez, lo que equivale a decir la existencia del feto, presupuesto lógico e indispensable del aborto. El período durante el cual el aborto puede cometerse se extiende hasta el momento en que comienza el nacimiento, que es el que separa el aborto del homicidio o infanticidio en la ley argentina.

En cuanto al aborto violento no intencional, se ha dividido la doctrina al pronunciarse sobre la naturaleza subjetiva de esta figura, si bien la literatura más moderna no ve en ella características del aborto culposo.

La expresión de la norma actual, en tanto a "sía haber tenido el propósito de causarlo", utilizada en el artículo 87, señala para esta figura un aspecto negativo de la culpabilidad, en relación con las formas dolosas del aborto previstas en el artículo 85, para las que se requiere, precisamente, el dolo directo: el propósito de causar el aborto. Esta sola referencia legal debe resultar suficiente para tener por sustraída la figura del ámbito de aborto común doloso.

No obstante, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, considera que el artículo 87 prevé la forma del aborto preterintencional, entre otras para la razón que requiere violencia en el autor, la exigencia del embarazo notorio o que le conste al autor, y la falta de referencia a la estricta fórmula del código para los supuestos de culpa, esto es, "el que por imprudencia,

negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo, etcétera...”, a lo que se suma la escala penal prescrita para este tipo de delito.

Despojadas estas dudas, sobre la tipología actual, cabe preguntarse sobre la necesidad de implementar el supuesto de culpa, no tanto en cuanto a la casuística vigente, sino en lo referido a factores de política criminal.

Y debe analizarse la cuestión, desde una perspectiva en particular, cual es la protección de la vida fetal hasta su nacimiento. ¿Por qué la persona nacida puede ser víctima de homicidio culposo, con todo lo que ello implica, y no el feto, que es la vida misma?

La falta de previsión típica ha dado lugar a numerosos injustos. Las maniobras de terceros, sean o no accidentales, se hallan fuera de la punición. ¿Por qué quien recibe lesiones por una maniobra imprevista de un automotor, que no lo afecta en forma directa, posee responsabilidad penal y no quien a raíz de una circunstancia similar, causa un aborto?

Las reflexiones expuestas, acusan de por sí la necesidad de un alto debate sobre la materia, y hacia ello se apunta la presente propuesta.

Carlos O. Menem. — Marta L. Rivadera.

—A la Comisión de Legislación Penal.