

**DICTAMEN DE LA ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS
MORALES Y POLÍTICAS SOBRE LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS DEL ART.
86 DEL CÓDIGO PENAL, APROBADO EN LA SESIÓN PRIVADA
DEL 26 DE NOVIEMBRE DE 2008**

Las excusas absolutorias previstas en el art. 86 del Código Penal, que se intenta ampliar en el proyecto de “aborto no punible” que se encuentra en trámite en las Comisiones de Derecho Penal, Familia y Salud Pública de la Cámara de Diputados de la Nación (Expte. 5212-D-2008 y complementario elaborado por los asesores de dichas comisiones), fueron incorporadas al mencionado ordenamiento punitivo a propuesta de la Comisión de Códigos del H. Senado de la Nación, formulada en el dictamen expedido el 26 de septiembre de 1919.

. En dicho dictamen, la Comisión fundó su propuesta en doctrinas eugenésicas y racistas que se encontraban en boga, sin advertir sus adherentes que las mismas conducirían y servirían de sustento al régimen nacional socialista instaurado en Alemania a partir de 1933.

Al auspiciar la no punibilidad de la interrupción provocada de la gestación practicada en una mujer “idiota o demente” que hubiera sido violada, la Comisión expresó que *“era la primera vez que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico, para evitar que de una mujer idiota o enajenada..., nazca un ser anormal o degenerado”*. Argumentó seguidamente sobre *“el interés de la raza”*, y se preguntó, citando doctrina española, *“¿qué puede resultar de bueno de una mujer cretina o demente?”*. En definitiva, la Comisión consideró que *“es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado, con intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza”*¹

Con esos argumentos racistas, que pocos años después contribuyeron al establecimiento de un régimen demencial que empujó al mundo a la segunda guerra mundial, que no vaciló en inmolarse a minusválidos, judíos, cristianos y gitanos, y que persiguió a todos los que se opusieron a sus designios totalitarios, se introdujeron en el Código Penal las excusas absolutorias que ahora se intenta ampliar en el Congreso de la Nación.

Las excusas absolutorias del art. 86 del Código Penal resultan manifiestamente inconstitucionales ante textos explícitos que amparan de modo irrestricto al niño por nacer desde el instante de su concepción. Por eso, en un fallo reciente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recordado que *“el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta garantizado por la Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 323: 1339, entre muchos), derecho presente desde el momento de la concepción, reafirmado con la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional”* (C.S.J.N. “Sánchez, Elvira Berta c/ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”, dictamen de la Procuración General del 28/02/2006 y votos de los Ministros Highton de Nolasco y Eugenio Zaffaroni).

Además, de esa normativa con jerarquía constitucional debemos destacar algunos preceptos que ponen de manifiesto la imposibilidad jurídica de sancionar el proyecto sobre “abortos no punibles”:

¹ Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11.719, Edición Oficial, págs. 268/269, Buenos Aires, 1922.

1°) La ley 23.849, cuyo art. 2°, al aprobar la Convención sobre los Derechos del Niño, declaró que el art. 1° de ese instrumento internacional “debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano **desde el momento de su concepción** y hasta los 18 años de edad”. Con esta reserva, “en las condiciones de su vigencia”, la Convención adquirió jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.)

2°). El artículo 3 de dicha Convención que textualmente expresa:

“En todas las medidas concernientes a lo niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, **los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño**”.

3°) El art. 6 de la misma Convención que textualmente expresa:

1. “Los Estados Partes reconocen que **todo niño tiene derecho intrínseco a la vida**.”
2. Los Estados Partes garantizarán **en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.**”

4°) la ley 26.061, sancionada por unanimidad el 28 de septiembre de 2005, reglamentaria de la Convención sobre Derechos del Niño, ratifica y amplía la salvaguardia integral de la vida inocente. Su artículo 2° declara que la Convención sobre Derechos del Niño *es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia* (es decir, desde la concepción), *en todo acto, decisión o medida que se adopte respecto de las personas hasta los 18 años de edad*. El mismo artículo cubre la defensa en juicio de los menores, reconociendo que tienen derecho a ser oídos, obviamente por intermedio de quien los represente, que deberá ser un curador, máxime cuando los padres pretendan de modo directo poner fin a su vida por medio del aborto.

El art. 3° de la ley 26.062 puntualiza que se entiende por *interés superior del niño* “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en estas ley”. El primero de esos derechos es, de acuerdo con el art. 8°, el *derecho a la vida*.

El citado art. 3 declara que se debe respetar la “condición de sujeto de derecho” que tiene todo niño, agregando en su parte final que **cuando exista conflicto entre los derechos e intereses del niño “frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”**.

5°) El art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional atribuye al Congreso la facultad de “**legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad**.”

“Dictar un régimen de seguridad social especial e integral **del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental**, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.”

Pensamos que estas normas, que podrían ser ampliadas con otras también de nivel constitucional, son suficientes para enmarcar las obligaciones asumidas por el Estado

Argentino en la Convención sobre los Derechos del Niño, en su ley reglamentaria n° 26.061 y en el art. 75 inc. 23 de la Constitución con relación a los derechos a la vida y a la salud del niño por nacer.

Por imperio de esa normativa de jerarquía constitucional han quedado tácitamente derogadas todas las normas de nivel nacional, provincial o municipal que las contradigan. En el derecho argentino no es posible excusar y menos justificar ningún atentado directo contra la vida de un niño desde la concepción. En consecuencia, las excusas absolutorias del art. 86 del Código Penal, introducidas en su texto a propuesta de la Comisión de Códigos del Senado de la Nación en el informe expedido el 26 de septiembre de 1919, han quedado sin efecto a partir de la vigencia de las normas de jerarquía constitucional ya citadas.

La derogación implícita o tácita constituye un principio elemental de la lógica jurídica en cuya virtud no pueden ser simultáneamente válidas dos normas contradictorias sobre la misma conducta. En el caso de las excusas absolutorias del art. 86, aprobadas por la ley 11.179 que sancionó el Código Penal, y restablecidas en su texto original por la ley 23.077, es evidente que han perdido vigencia a partir de la fecha en que entraron en vigor las normas de la Convención sobre Derechos del Niño, con jerarquía constitucional desde la reforma de 1994.

A partir de tales normas, queda constitucionalmente desautorizada la pretensión de considerar a la persona antes de su nacimiento como *pars viscerum matris*, es decir, como una simple víscera u órgano de la madre, equiparable a los riñones, el estómago o la vesícula. Así como estas partes del cuerpo humano no son sujetos de derecho, tampoco lo sería la persona humana en la etapa más temprana de su vida si fuera sólo una parte del organismo materno.

Porque, en definitiva, como acertadamente lo señala Abelardo Rossi, el núcleo del problema radica en determinar si el embrión o feto en el seno materno, e incluso el concebido en forma extracorpórea, es o no persona humana.²

La respuesta afirmativa ya la había dado el Código Civil desde los comienzos de su vigencia. Pero ahora la dan en forma enfática las normas que hemos citado, especialmente las de jerarquía constitucional.

A la luz de los criterios fijados en ellas, no puede controvertirse hoy, en términos jurídicos, que el derecho a la vida se extiende desde la concepción hasta la muerte natural. Cualquier discriminación que se intente, como las incorporadas al proyecto sobre “abortos no punibles”, fundadas en el tiempo de gestación del niño por nacer, resultará violatoria de los preceptos de jerarquía constitucional que hemos transcripto y de la igualdad consagrada en el art. 16 de la Ley Fundamental. Las normas de cualquier nivel que sancione el Congreso, y que autoricen la muerte provocada de *modo directo* de una persona inocente, carecen de validez constitucional, resultando irrelevante que los afectados tengan una semana o tres meses de gestación, un año u ochenta años de vida. Todos tienen el mismo derecho a la vida.

A lo expuesto debemos agregar que el proyecto sobre “abortos no punibles” empeora el texto del art. 86 del Código Penal por varias razones que sintéticamente reseñaremos en este dictamen:

² Abelardo F. Rossi: “Sobre el aborto”, en EL DERECHO, n° 9592, 23 de septiembre de 1998, pág. 1.

1º) Transforma las primitivas excusas absolutorias en un supuesto derecho a la interrupción del embarazo, eufemismo que encubre la discrecional atribución de matar de modo directo al niño concebido, acentuando así la incompatibilidad del proyecto con las normas constitucionales que amparan la vida inocente.

2º) Al referirse al peligro para la vida o la salud de la madre, modifica el texto del art. 86 inc. 1º del Código Penal y suprime el requisito de que tal peligro no pueda ser evitado por otros medios. El proyecto prescinde de que el avance de la medicina ofrece amplísimas posibilidades que permiten preservar la vida tanto de la madre como la del niño, conforme lo ha señalado la Academia Nacional de Medicina en su declaración del 4 de agosto de 1994. Esa es la obligación del médico y en ningún caso puede sostenerse, como indicación terapéutica, que deba matarse al niño o a la madre en forma directa. El médico debe procurar, con los medios a su alcance, salvar la vida de ambos. Por otra parte, las estadísticas del Ministerio de Salud indican –contra lo que se sostiene en los fundamentos del proyecto- que desde hace varias décadas la mortalidad materna por abortos se encuentra en franco descenso.³

3º) Extiende la impunidad a todos los casos en que el embarazo se haya producido por una supuesta violación. Se hace pagar así al niño la falta de su padre, configurándose de esta forma una segunda iniquidad que agrava las consecuencias de la violación. Además, se prescinde de lo expresado por los senadores que en 1919 introdujeron en el Código Penal las excusas absolutorias del art. 86, quienes se refirieron en el dictamen de la Comisión de Códigos sólo a la violación de una mujer “idiota o demente”. y no a toda violación.

4º) El proyecto complementario extiende también la impunidad a los casos en que “existieran malformaciones fetales incompatibles con la vida extrauterina”. Esta disposición tiene reminiscencias del Plan T. 4 establecido por el régimen nacional socialista para la eliminación obligatoria de recién nacidos minusválidos.

5º) Amplía el ámbito del “aborto terapéutica” al campo de la salud física, “mental y social”, eufemismos a través de los cuales se generalizó la despenalización del aborto en el continente europeo, sobre todo en España, considerada hoy la meca del “aborto turístico”, es decir, practicado en mujeres no residentes. La ampliación a una supuesta “salud social” demuestra que el propósito del proyecto apunta a una legalización sin límites del aborto provocado.

6º) No le provee al niño no nacido de una representación que pueda ser oída en defensa de su derecho a nacer y a vivir, contrariándose así las normas de la ley 26.061 que reglamentó la convención sobre Derechos del Niño.

7º) El proyecto impone a los titulares de todos los establecimientos asistenciales del Sistema de Salud Pública, incluso los privados, la obligación de practicar todo “aborto no punible” que se les requiera, negándoles el derecho constitucional a la objeción de conciencia. Obliga, asimismo, a los titulares de tales establecimientos a promocionar la ejecución del aborto a través de carteles cuyo texto, redactado por los autores del proyecto, constituye una invitación a que se efectúe la interrupción del embarazo, y en el que se amplía –como ya se ha expresado- el concepto de “salud de la madre”, el que deberá entenderse como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no como la mera ausencia de enfermedad o discapacidad”.

³ Ver: Carlos Abel Ray: “Mortalidad materna por abortos”, en EL DERECHO, tomo 200, pág. 971.

En anteriores dictámenes dirigidos a las autoridades nacionales y de la Ciudad de Buenos Aires, esta Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas ha destacado la raigambre constitucional de la objeción de conciencia, subrayando que constituía un derecho que ninguna ley puede desconocer ni soslayar. Porque ese derecho consiste, precisamente, en que nadie debe ser forzado a contrariar las propias convicciones morales y científicas, ejecutando o haciendo ejecutar actos incompatibles con ellas. En otras palabras, estamos frente al derecho a negarse a observar determinadas conductas cuando ellas violentan la propia conciencia.

La Academia Nacional de Medicina, en su declaración del 28 de septiembre de 2000, ratificó su rechazo “a todo método que interrumpa el embarazo” y reclamó que no se niegue a los médicos “la libertad de actuar según el criterio de su conciencia ante situaciones que consideren reñidas con la ética”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al reconocer en Fallos: 312: 496 la objeción de conciencia, como derecho de jerarquía constitucional, ha precisado que es nuestra propia Ley Fundamental “la que reconoce *los límites del Estado frente a la autonomía individual*. El art. 19 establece la esfera en la que el Estado no puede intervenir” (considerando 16 “in fine”).

El alto tribunal, al reconocer la objeción de conciencia, que resulta aplicable a diversos campos, entre ellos al de los temas bioéticos, actuó con extremo cuidado exegético, porque como lo destaca en el considerando 15 “la disyuntiva de seguir los dictados de las creencias y de la conciencia o renunciar a éstos y obrar en su contra, *es cosa grave*”.

Agreguemos que el derecho a la objeción de conciencia –que obviamente asiste a los profesionales médicos y también a las autoridades de los establecimientos a las que se pretende obligar que actúen contra los dictados de su propia conciencia-, deriva de modo directo de los arts. 14 y 33 de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales que amparan la libertad de conciencia. Nos referimos concretamente a los arts. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 18 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todos estos instrumentos tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22. C.N.).

Frente a tan clara preceptiva, la Academia resuelve dirigirse a las autoridades de la Cámara de Diputados de la Nación y del H. Senado solicitando el rechazo del proyecto.

Hugo O.M. Obiglio
Académico Secretario

Gregorio Badeni
Académico Presidente