

## DICTAMEN DE LA ACADEMIA DEL PLATA

(Fallo de la CSJN que interpreta el art.86 inc.2° C.P. declarando no punible el aborto cuando se practique en una mujer que declare que ha sido violada)

Ante la deplorable sentencia dictada por la Corte Suprema de la Nación en un juicio tramitado originariamente en la Provincia de Chubut, cuyo texto abre las puertas a una sistemática agresión contra la vida inocente, esta Academia del Plata considera una obligación elevar su voz para protestar enérgicamente por el grave atentado cometido por los jueces del Alto Tribunal contra el orden natural y normas de jerarquía constitucional que han sido avasalladas por ese pronunciamiento.

El pleito había sido correctamente resuelto en las instancias ordinarias de la justicia de Chubut. Los jueces rechazaron el aborto solicitado por la madre de una joven embarazada, supuestamente violada, y ordenaron medidas tendientes a proteger al niño no nacido y a su madre. Recurrida la sentencia, el Superior Tribunal se expidió el 8 de marzo de 2010, revocó la sentencia de la cámara y autorizó el aborto a pesar de que la gestación se encontraba en el quinto mes.

La defensoría oficial interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema. Sin embargo, a pesar de que la sentencia no estaba firme, y prescindiendo del efecto suspensivo de la apelación, la orden de matar el niño se ejecutó el 12 de marzo de 2010.

Mucho después, el 4 de junio de 2010, cuando ya la cuestión era abstracta, y los agravios del defensor oficial que representaba al niño carecían de vigencia, el Superior Tribunal concedió el recurso extraordinario y elevó las actuaciones a la Corte Suprema.

El Procurador General de la Nación, al expedirse el 11 de abril ppdo., dictaminó que, al haberse consumado el aborto que el recurrente procuró evitar con su recurso, resultaba “de aplicación la doctrina de la Corte según la cual, para el ejercicio de la jurisdicción, tanto originaria como apelada, es necesario que la controversia que se intente traer a su conocimiento no se reduzca a una cuestión abstracta”. En tales condiciones, y con cita de abundante jurisprudencia, el Procurador General sostuvo que resultaba “inoficioso un pronunciamiento del tribunal en el caso” y que, por ello, debía declararse improcedente el recurso extraordinario.

La Corte Suprema prescindió de ese inobjetable dictamen, que se ajustaba a una doctrina centenaria, y sin agravios actuales del recurrente dictó una sentencia en la que asumió atribuciones legislativas y virtualmente despenalizó el aborto en la República Argentina, alzándose así contra toda la normativa que ampara la vida inocente.

Los límites de este dictamen impiden reseñar todas las transgresiones procesales, penales y constitucionales. Lo sorprendente es que el tribunal ha condenado a muerte, en los tiempos venideros, a innumerables niños no nacidos, pretendiendo, al mismo tiempo, erigirse en “garante supremo de los derechos humanos”.

Lo más grave de la sentencia, sin lugar a dudas, es la afirmación de que el art. 86 inc. 2° C.P. no sólo está en plena vigencia sino que ampara con un manto de justificación la muerte provocada de los niños concebidos como consecuencia de toda violación. La Corte Suprema, a lo largo de su extensa sentencia, demuestra de esta forma que ignora la “ratio legis” del art. 86 inc. 2° C.P., expuesta con claridad manifiesta por la Comisión de Códigos del H. Senado de la Nación, en el dictamen expedido el 26 de septiembre de 1919, al proponer se agregara al proyectado código penal la excusa absolutoria prevista en dicha

norma. En ese 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”*<sup>1</sup>

Con esos argumentos se introdujo en el Código Penal la excusa absolutoria que ahora, contrariando la “interpretación auténtica de sus autores”, se pretende extender a todo tipo de violación que, además no deberá ser acreditada en modo alguno y, por el contrario, facilitada por todos los agentes de salud, bajo amenazas penales que el tribunal formula contra quienes amparados en el claro sentido de la norma, se apongan al ya previsible holocausto prenatal.

A pesar de los esfuerzos dialécticos que en sentido contrario formula el Tribunal, las excusas absolutorias del art. 86 del Código Penal resultan hoy inaplicables y manifiestamente inconstitucionales ante textos explícitos que amparan de modo irrestricto al niño por nacer. Lo notable es que la Corte Suprema, a través de su interpretación asimétrica que pretende transformar al niño, sujeto de derechos inviolables, en una cosa, con su pronunciamiento se aparta de una reiterada línea jurisprudencial según la cual *“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”, “derecho presente desde el momento de la concepción, reafirmado con la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional”*

Además de esa normativa con jerarquía constitucional, debemos destacar algunos preceptos que ponen de manifiesto la imposibilidad jurídica de aceptar la insólita doctrina del reciente fallo de la Corte Suprema:

1º) La ley 23.849, cuyo art. 2º, al aprobar la Convención sobre los Derechos del Niño, declaró que el art. 1º 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, que el tribunal pretende esquivar con argumentos triviales, *“en las condiciones de su vigencia”*, la Convención adquirió jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.)

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

*“En todas las medidas concernientes a los 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”*.

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

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 26.061 puntualiza que se entiende por *interés superior del niño* “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta 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 a las que el Tribunal resta significación, 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. Rige siempre la última. 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, 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.

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 la que efectúa la Corte Suprema en su lamentable sentencia, que deje sin protección penal la vida de los niños antes de nacer, resultará violatoria de los preceptos de jerarquía constitucional que hemos transcritos y de la igualdad consagrada en el art. 16 de la Ley Fundamental.

La muerte provocada de *modo directo* de una persona inocente, carece 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.

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”. Contrariando esta alta opinión médica, e incluso su propia jurisprudencia, la Corte Suprema retacea en esta sentencia la objeción de conciencia, imponiéndole, sin tener atribuciones, límites inadmisibles.

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.).

Es difícil calcular cuántos niños no nacidos morirán como consecuencia de esta equivocada sentencia. La experiencia mundial, con cifras irrefutables, indica que la legalización de la interrupción provocada de la gestación genera un aumento exponencial del número de abortos. Los jueces del Tribunal han asumido una pesada carga ante Dios y la Historia.

Buenos Aires, marzo 16 de 2012

Eduardo Martín Quintana  
Presidente

