

López Díaz Valentín, Patricio J.

La fundamentación eugenésica del artículo 86, inc. 2, del Código Penal y el fallo “F., A. L. s/medida autosatisfactiva”. Convalidación de una teoría aberrante

Eugenic basis of article 86, section 2, of the Criminal Code and ruling judgment “F., A. L. s/medida autosatisfactiva”. Recognition of an aberrant theory

Prudentia Iuris N° 79, 2015

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

López Díaz Valentín, P. J. (2015). La fundamentación eugenésica del artículo 86, inc. 2, del Código Penal y el fallo “F., A. L. s/medida autosatisfactiva” : convalidación de una teoría aberrante [en línea], *Prudentia Iuris*, 79. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/fundamentacion-eugenetica-codigo-penal.pdf> [Fecha de consulta:.....]

**LA FUNDAMENTACIÓN EUGENÉSICA DEL
ARTÍCULO 86, INC. 2, DEL CÓDIGO PENAL Y EL FALLO
“F., A. L. S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA”.
CONVALIDACIÓN DE UNA TEORÍA ABERRANTE***

*Eugenic Basis of Article 86, section 2, of the Criminal Code and Ruling Judgment
“F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”. Recognition of an Aberrant Theory*

Patricio J. López Díaz-Valentín**

Resumen: Este artículo analiza el fallo del 13 de marzo de 2012 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, en el cual el máximo tribunal argentino adoptó la interpretación amplia del Artículo 86, inciso 2, del Código Penal, a la luz de la “voluntad del legislador histórico”; teniendo en cuenta que la misma Corte la invoca en sus fundamentos para fallar a favor de la constitucionalidad del inciso referido. Se parte de entender el contexto histórico e ideológico de las primeras décadas del siglo XX, tanto a nivel nacional como internacional, del cual surge la influencia que tuvo la eugenesia en los ámbitos científicos, académicos y jurídicos. Teoría que tenía por objetivo la búsqueda del “perfeccionamiento” de la especie humana, lo que implicaba descartar a los seres humanos más débiles, imperfectos o defectuosos. Dentro de este contexto se impulsó la modificación del Código Penal, por lo que es central para entender la “voluntad del legislador histórico” el *Informe de la Comisión de Códigos del Senado de la Nación*, de 1920, que receptó claramente las ideas eugenésicas, siendo el Artículo 86, inc. 2, un claro ejemplo de ello. El mencionado informe demuestra que la verdadera motivación de los legisladores para incluir la no punibilidad del aborto en este inciso fue que no nacieran “seres anormales o degenerados”, no hay una sola mención a la situación de la mujer embarazada y de los perjuicios que un embarazo en estas condiciones le podrían acarrear.

* Este trabajo tiene su origen en la ponencia presentada en las *VI Jornadas interdisciplinarias en adhesión al día de la persona humana por nacer*, celebradas en la Universidad de Mendoza los días 8 y 9 de mayo de 2014.

** Abogado, egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza (UM). Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo (UNCuyo). Profesor JTP de Historia de las Ideas Políticas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UM). Miembro de la Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho. Miembro Asociado del Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos (IADECYP).

Palabras clave: Aborto no punible - Eugenesia - Contexto histórico - Contexto ideológico.

Abstract: This article discusses the ruling of the Supreme Court of Justice in the case “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” (March 13, 2012), in which the highest Argentine court adopted a broad interpretation of Article 86, section 2, of the Criminal Code, in the light of the “will of the historical legislator”; considering that the same Court invoked it in its foundations to rule in favor of the constitutionality of section referred. It starts with understanding the historical and ideological context of the early twentieth century, both nationally and internationally, from which the influence eugenics had in scientists, academics and legal fields arose. Theory that was intended to search for the “improvement” of the human species, which meant discarding the weak, imperfect or flawed humans. Within this context the amendment of the Criminal Code was promoted, so it is central to understanding the “will of the historical legislator” the *Report of the Comisión de Códigos del Senado de la Nación*, in 1920, which clearly receivers eugenic ideas, it is the Article 86, inc. 2, a clear example of this. Said report shows that the true motivation of the legislators to include non punishability of abortion in this section was that no “abnormal or degenerate beings” were born, there is not a single mention of the situation of the pregnant woman and the damage that a pregnancy in these conditions could carry for her.

Key-words: Abortion not punishable - Eugenics - Historical context - Ideological context.

I. Introducción

Ya han pasado más de tres años del fallo del 13 de marzo de 2012 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”¹,

1 El fallo completo está disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/om/img/f259.pdf>. No debemos soslayar la presión abortista que implicó este caso, a partir del cual distintas organizaciones pro aborto han presionado para la implementación en todo el país de un protocolo de abortos no punibles. Es importante aclarar que desde junio de 2010 el Ministerio de Salud de la Nación ya se había adelantado al fallo de referencia mediante la “Guía técnica para la atención integral de los abortos no punibles”, recuperado de:

<http://www.msal.gov.ar/saludsexual/downloads/guias%20y%20cuadernillos/Guia-tecnica-web.pdf>. Luego de la sentencia de la Corte distintas provincias dictaron resoluciones o guías técnicas a fin de adaptarse a la misma. Así el 18 de julio de 2012, el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, mediante el dictado de la Resolución 3146/12, dispuso la aplicación del “Protocolo de atención integral de los abortos no punibles”, recuperado de:

http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Pol%C3%ACTicas_Publicas/Protocolos%20de%20Atenci%C3%B3n/bsaspcia-2012.pdf. También dictaron similares disposiciones, con distintas variables según la exigencia de ciertos requisitos a fin de proceder a la práctica abortiva: Chaco, Chubut, Jujuy, La Rioja, Misiones, Santa Cruz, Santa Fe y Tierra del Fuego; estas jurisdicciones han seguido, según la abortista Asociación por los Derechos Civiles, los lineamientos de la CSJN; Ciudad de Buenos Aires (cuyos requisitos se encuentran suspendidos por orden judicial), Córdoba (actualmente suspendido parcialmente por orden

en el cual el más alto tribunal de la República confirmó lo resuelto por la anterior instancia, el Superior Tribunal de la Provincia de Chubut, que había hecho lugar al pedido de la madre de una menor de 15 años de edad, a fin de que se le practicase a su hija un aborto con base en el art. 86, incs. 1° y 2°, del Código Penal, con sustento en que la menor había sido objeto de una violación por parte de su padrastro y como consecuencia de este aberrante hecho cursaba, en su momento, un embarazo de ocho semanas.

La sentencia comentada, a nuestro parecer, es manifiestamente injusta, más allá de que el caso había devenido en abstracto al momento de la interposición del recurso extraordinario ante la Corte Suprema de la Nación por parte del Asesor General Subrogante de la Provincia de Chubut en su carácter de Tutor Ad-Litem y Asesor de Familia e Incapaces en representación del *nasciturus*, pues ya se había practicado el aborto y la niña o niño por nacer ya había sido eliminado. La injusticia de dicha resolución radica en el hecho de que el máximo tribunal de la Nación no sólo perdió la oportunidad de declarar la inconstitucionalidad del art. 86, inciso 2, del Código Penal que, como veremos, tiene su origen y fuente en una teoría tan execrable como la eugenesia; sino que además de convalidar dicho artículo realizó una interpretación amplia del mismo, lo que implicó un claro retroceso en materia de derechos humanos, bajo la pátina de un supuesto progresismo y amparo de la mujer, obviando toda la legislación nacional e internacional que rige en nuestro país en defensa de la vida por nacer².

judicial), Entre Ríos, La Pampa, Neuquén, Provincia de Buenos Aires, Río Negro y Salta, estas ocho jurisdicciones imponen ciertos requisitos a fin de realizar la práctica homicida; Catamarca, Corrientes, Formosa, Mendoza, San Juan, San Luis, Santiago del Estero, Tucumán no cuentan con protocolos de abortos. La ADC considera además que el Estado Nacional no cuenta con protocolo a pesar de la existencia desde junio de 2010 de la "Guía técnica para la atención integral de los abortos no punibles". Cf.: <http://www.adc.org.ar/atres-anos-del-fallo-f-a-l-nuevo-informe-de-la-adc-sobre-aborto-no-punible-en-la-argentina/>.

2 No obstante que en el considerando 3° del voto mayoritario de la Corte se transcriben los distintos artículos de la Constitución Nacional y de diferentes Convenciones con jerarquía constitucional, que el Asesor General Subrogante de la Provincia de Chubut en su carácter de Tutor Ad-Litem y Asesor de Familia e Incapaces en representación del *nasciturus* invocara al interponer el recurso extraordinario, a saber: "[...] se desconoció el plexo constitucional-convencional según el cual el Estado Argentino protege la vida a partir de la concepción (Constitución Nacional, artículo 75, inciso 23: 'Corresponde al Congreso: [...] Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental [...]'; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 1°: 'Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona'; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 3°: 'Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica', y artículo 4°: 'Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente'; Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 3°: 'Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona', y artículo 6°: 'Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica'; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6°: 'El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente'; Convención sobre los Derechos del Niño, Preámbulo: 'El niño [...] necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento', artículo 1°: 'Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad', y artículo 6°: 'Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida')".

La Corte, tanto en el voto mayoritario como en los votos de la Dra. Argibay y del Dr. Petracchi, llega a la conclusión de la justicia y la legalidad de la práctica del aborto para el caso de cualquier violación con independencia de la capacidad o incapacidad de la mujer violada. Respecto de esta conclusión y de los argumentos en que se funda se pueden plantear muchísimas objeciones tanto sobre la interpretación semántica y gramatical que hace la Corte del artículo de referencia, como de la interpretación sistemática que realiza³, entre otros tópicos. Sin embargo, nos centraremos en la interpretación que hacen los Ministros de la “voluntad del legislador”, para la cual debemos ir a la génesis del art. 86 del Código Penal. A fin de alcanzar este objetivo nos remitiremos a la Ley N° 11.179 de 1921, y fundamentalmente al Informe de la Comisión de Códigos del Senado de la Nación presentada ante la Alta Cámara el 23 de septiembre de 1920⁴, para poder saber qué fue lo que pensó y quiso el legislador que estableció las causas de no punibilidad del aborto.

Partiendo de la base de que la “primera fuente de exégesis de la ley es su letra”, como bien dice la Corte en el voto mayoritario, considerando 18, párrafo cuarto, y aunque estamos convencidos de que del texto del art. 86, inciso 2, surge claramente que solamente se prevé como causa de no punibilidad el llamado aborto eugenésico, aceptamos, cosa que omite decir la Corte, que prácticamente desde la entrada en vigencia de la Ley N° 11.179 el texto del art. 86, inc. 2, dividió a los penalistas de nuestro país. Unos se enrolaron en la llamada interpretación amplia (que admitía la no punibilidad del aborto tanto en el caso del llamado aborto eugenésico como para el llamado aborto sentimental, es decir, para cualquier caso de violación), como Jiménez de Asúa⁵, Soler⁶, Fontán Balestra⁷, etc.; y otros, en la interpretación restrictiva (solamente admitía la no punibilidad del aborto para el caso de aborto eugenésico), como Peco⁸, Núñez⁹,

3 Nos remitimos al excelente trabajo de Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (Septiembre 2012). “El aborto no punible en la Argentina. Consideraciones sobre el sentido de la norma permisiva y prospectivas desde una Filosofía del Derecho Constitucional, a partir del caso ‘F., A. L.’ de la Corte Suprema”. En *Pensar En Derecho*, N° 0, 331-378. Recuperado en:

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/el-aborto-no-punible-en-la-argentina.pdf>.

4 El informe completo se encuentra en: Congreso Nacional, Cámara de Senadores, 43ª Reunión, 31ª sesión ordinaria, septiembre 23, de 1920, pp. 936-960.

5 Cf. Jiménez de Asúa, L. (1962). *Tratado de Derecho Penal*. Tomo VI, “La culpabilidad y su exclusión”. Buenos Aires. Editorial Losada S. A., 1.001-1.008. “Este número 2º fue siempre interpretado por nosotros como comprensivo del aborto sentimental (caso de violación) y del aborto eugenésico (caso de ‘atentado al pudor’ sobre una idiota o demente)”. *Ibidem*, 1.001.

6 Cf. Soler, S. (1999/2000). *Derecho Penal Argentino*, Tomo III. Buenos Aires. Tipográfica Editora Argentina, 113-116.

7 Cf. Fontán Balestra, C. (1968). *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, Parte Especial. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 234-241.

8 “En el Código actual el aborto se contrae a la violación sobre la mujer idiota o demente. Así se colige del contexto, de los propósitos eugenésicos y de la fuente del artículo”. Peco J. (1942), *Proyecto de Código Penal. Exposición de motivos. Presentado a la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, el 25 de septiembre de 1941*. La Plata, 245.

9 Cf. Núñez, R. C. (1959). *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, Parte General. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 390-393; *ibidem*, *Derecho Penal Argentino*, Tomo III, Parte Especial. “Delitos contra la persona”. Buenos Aires. Bibliográfica Omeba, 182-183. “De acuerdo con el artículo 86, § inciso 2º”, del Código Penal, el aborto practicado por un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer encinta, no es

Buompadre¹⁰, etc. Por lo tanto, es menester recurrir a otras reglas de interpretación que surgen de la jurisprudencia de la Corte para develar normas oscuras o dudosas: como el examen del contexto que da vida al texto¹¹; y el análisis de los fundamentos que dieron sustento a la norma¹²; ambos nos permitirán conocer verdaderamente lo que quiso el legislador.

Y si bien el voto mayoritario de la Corte ha omitido realizar de manera explícita este análisis, no obstante, nos encontramos en él con afirmaciones como las que aparecen en el considerando 15° *in fine*: “Sin embargo, ello no puede llevar a aceptar una interpretación restringida de la norma en trato ya que esta delimitación de su alcance *no respondería al válido objetivo de proteger los derechos de las víctimas de violencia sexual*, cuya vulnerabilidad se agrava por la circunstancia de poseer una discapacidad mental, sino a un prejuicio que las denigra en cuanto sujetos plenos de derechos”; o en el considerando 22°: “[...] según surge del texto del artículo 86 del Código Penal, *lo que previó el legislador* es que, si concurren las circunstancias que permiten la interrupción del embarazo, es la embarazada que solicita la práctica, junto con el profesional de la salud, quien debe decidir llevarla a cabo y no un magistrado a pedido del médico”; o en el considerando 24°: “[...] que el aborto no punible es aquel practicado por ‘un médico con el consentimiento de la mujer encinta’ (artículo 86 del Código Penal), circunstancia ésta que debe aventar todo tipo de intento de exigir más de un profesional de la salud para que intervenga en la situación concreta *pues una exigencia tal constituiría un impedimento de acceso incompatible con los derechos en juego en este permiso que el legislador ha querido otorgar*” (el destacado es nuestro). Vemos cómo los miembros de la Corte firmantes del voto de la mayoría si bien no se adentraron a analizar el contexto y los fundamentos que dieron lugar a dicho inciso, han creído poder desentrañar la voluntad del legislador histórico.

Respecto a los votos de la Dra. Carmen Argibay y del Dr. Petracchi, debemos decir que ambos son muy similares y son más explícitos en relación a interpretar la voluntad del legislador. En este sentido, la Dra. Argibay, en el considerando 13°, afirmaba: “[...] *una situación que el legislador consideró* no evitable de otro modo que afectando los derechos del nasciturus [...]”, o en el considerando 14°: “[...] *el legislador acepta* como socialmente soportable una conducta que en sí aprecia como prohibida [...]”. Similares palabras dispuso el Dr. Petracchi en el considerando 9°, donde expresaba: “[...] enunciando los sufrimientos que para ella conllevaría una ponderación de los intereses en pugna *contraria a la que fuera previamente definida por el legislador*”, o en el considerando 10°: “[...] extrema conflictividad de una situa-

punible si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido contra una mujer idiota o demente. Es el aborto ‘practicado, con intervención facultativa a los fines del perfeccionamiento de la raza’. En la preponderancia de esta finalidad eugenésica sobre el interés que para el Derecho representa la vida del feto, reside la razón justificadora del aborto. El aborto sentimental, vale decir, el consentido por la mujer sana de mente que concibió en un acto de violación, no está comprendido, por consiguiente en el art. 86, § 2°, inciso 2°. Ibidem, Derecho Penal Argentino, Tomo I. Ob. cit., 390-391.

10 Buompadre, J. E. (2009). *Tratado de Derecho Penal*. Parte especial 1. Buenos Aires. Astrea, 216-219.

11 *Fallos*: 241:291 (“Kot”, esp. pp. 299-300); 328:566 (“Itzovich”, consid. 10°, voto de la mayoría; consid. 13, párr. 5°, voto del juez Lorenzetti, entre muchos otros).

12 *Fallos*: 313:1149; 315:790; 321:2594; 322:752, 2321, entre muchos otros.

ción que *el legislador consideró* no evitable de otro modo que afectando los derechos del nasciturus [...]” (el destacado es nuestro).

Afirmamos que la Corte yerra al ir más allá de la letra de la ley y basarse en una supuesta voluntad del legislador, que no surge ni del texto de la norma, ni del contexto histórico, y tampoco de los fundamentos que dieron origen a la misma. Para desentrañar la intención del legislador es necesario ir al informe presentado por la Comisión de Códigos del Senado de 1920, que fue en definitiva la antesala para la Ley N° 11.179; y en el caso concreto del aborto fue la primera vez que en la legislación argentina se contemplaron causas de no punibilidad. En todas las leyes penales que se habían dictado desde que nos constituimos en República, el aborto había estado penalizado en todas sus formas, ya sea en la Ley N° 1.920 de 1887, como en la Ley N° 4.189 de 1903, e inclusive en el proyecto presentado y aprobado en la sesión de la Cámara de Diputados del 21 de agosto de 1917¹³.

Como veremos en ningún momento el Informe hace referencia al aborto en caso de violación para cualquier mujer; de hecho a la mujer no se la tiene en cuenta, salvo para el caso del inciso 1, y luego las referencias a la eugenesia son muy fuertes y claras.

II. La eugenesia. Su importancia internacional a principios del siglo XX y su influencia en la Argentina

La eugenesia, como idea de estudio y puesta en práctica de mecanismos para la búsqueda del perfeccionamiento de la especie humana, nació en la década de 1860 con las teorías que el inglés Francis Galton (1822-1911) comenzó a elaborar y volcar en sus trabajos.

Galton acuña este término derivado del vocablo griego, *eugenes*, que significa “buen origen”, es decir, designa a los individuos “bien nacidos, de noble origen y de buena raza”¹⁴. En definitiva, para Galton la eugenesia era la ciencia que trataba de todas las influencias que mejorarían las cualidades innatas, o materia prima, de una raza y aquellas que la podrían desarrollar hasta alcanzar la máxima superioridad.

“La década de 1860 fue muy particular ya que coincidió en la publicación de obras de importante influencia en el pensamiento científico de décadas posteriores. La teoría he-

13 Cf. Soria, E. R. (agosto 2009). “El aborto eugenésico en el Código Penal Argentino (1853-1922)”, vol. I, N° 1, 7-13. Recuperado de: <http://www.ea-journal.com/art/El-aborto-eugenésico-en-código-penal-argentino.pdf>.

14 “That is, with questions bearing on what is termed in Greek, eugenes namely, good in stock, hereditarily endowed with noble qualities. This, and the allied words, eugeneia, etc., are equally applicable to men, brutes, and plants. We greatly want a brief word to express the science of improving stock, which is by no means confined to questions of judicious mating, but which, especially in the case of man, takes cognisance of all influences that tend in however remote a degree to give to the more suitable races or strains of blood a better chance of prevailing speedily over the less suitable than they otherwise would have had. The word eugenics would sufficiently express the idea; it is at least a neater word and a more generalised one than viriculture which I once ventured to use”. Galton, F. (2004), *Inquiries into human faculty and its development*, edición digital galton.org, 17, nota 1 (Originally published in 1883 by Mcmillan). Recuperado de: <http://www.mugu.com/galton/books/human-faculty/text/galton-1883-human-faculty-v4.pdf>.

reditaria de Gregor Mendel (1822-1884) y la teoría evolucionista de Charles Darwin (1809-1882), sumadas a la teoría eugenésica de Galton, crearon un cóctel de efecto to-tipotencial sobre hombres de ciencia, pensadores, filósofos y políticos a nivel mundial, principalmente en el siglo XXI. Éstos fueron nucleándose en instituciones y sociedades científicas¹⁵.

Al difundirse la eugenesia se realizaron numerosos congresos y publicaciones, en los que se manifestaba la necesidad de implementar medidas y programas desde el Estado, para realizar control sobre ítems como la actividad sexual y reproductiva de la población o la mezcla racial producto de la inmigración. Pero también la necesidad de trabajar sobre la eliminación de la pobreza como foco de enfermedades, el alcoholismo y la pereza, el control de los criminales y la reclusión de los débiles mentales. Por medio de sus influencias, se llegó a la elaboración de proyectos (e incluso la promulgación) de leyes y normas de salud pública entendidas como necesarias. Así se reglamentó, con mayor o menor aceptación según cada país, el examen prenupcial, la esterilización de criminales, el aborto eugenésico, las restricciones a la inmigración, el control de la natalidad, el examen físico escolar, etc.

En los primeros años del siglo XX se fueron delineando las dos variantes fundamentales que rigieron la biopolítica occidental: la eugenesia anglosajona y la eugenesia latina. La eugenesia anglosajona comprendía las readaptaciones norteamericanas, alemanas y escandinavas de las tesis decimonónicas; mientras que la eugenesia latina fue la que se desarrolló en Italia, Francia y España. La distancia ideológica que separó a ambas radicaba en divergencias respecto de la legitimidad de la intervención estatal en el cuerpo humano, ya fuese impidiendo la prosecución de una vida indigna de vivir a través de la eutanasia, o inhabilitando la reproducción a través de la esterilización de hombres y mujeres que eran considerados insanos o perjudiciales para el perfeccionamiento de la raza. Estas intervenciones que fueron alentadas en el mundo anglosajón no tuvieron su eco en el mundo latino, en el que por lo general fueron rechazadas a raíz de la influencia de la Iglesia Católica. La indisponibilidad del cuerpo por parte de los fieles fue un límite a las esterilizaciones eugenésicas, aun cuando su rechazo permitió habilitar la eugenesia latina. Esta última, si bien negaba cualquier intento de esterilización, avalaba la conveniencia de estrictísimos mandatos legales o confesionales condicionantes de la moral ciudadana¹⁶.

En Argentina se desarrolló principalmente la eugenesia latina, siendo de gran trascendencia la figura del endocrinólogo italiano, Nicola Pende, quien estuvo muy ligado a Benito Mussolini¹⁷. La influencia de la eugenesia en la opinión pública y en sectores neurálgicos responsables del dictado de ordenanzas y legislaciones que

15 Soria, E. R. (agosto 2009). "El aborto eugenésico en el Código Penal Argentino (1853-1922)". Ob. cit., 4.

16 Cf. Miranda, M. A. (2012). "La Argentina en el escenario eugénico internacional". En Miranda M. A.; Vallejo, G. (directores). *Una Historia de la Eugenesia. Argentina y las redes biopolíticas internacionales 1912-1945* (20-21). Buenos Aires. Editorial Biblos.

17 Cf. ibídem, 21-21; cf. Palma, H. A. (2009). "Gobernar es seleccionar". *Historia y reflexiones sobre el mejoramiento genético en seres humanos*. Buenos Aires. Jorge Baduino Ediciones, 128-130, 173.

marcaban las normas en que se rige la sociedad permitió la aprobación de leyes favorecedoras de ella. Médicos destacados como Gregorio Araújo Alfaro, Víctor Delfino; hombres de leyes como Joaquín V. González, Alfredo Palacios; y hasta escritores de gran llegada, como José Ingenieros, supieron influenciar a sus lectores por medio de los documentos por ellos elaborados¹⁸.

Un indicador del respeto y consideración que tuvo la eugenesia en la comunidad científica argentina radica en la enorme cantidad de artículos sobre el tema que aparecieron en las distintas publicaciones científicas y médicas, como los *Anales*, *La Semana Médica*, los *Archivos de psiquiatría y criminología*, *Revista de la Liga Argentina de higiene mental*, los *Anales de la Sociedad Científica Argentina* o la *Revista de filosofía, cultural, ciencias y educación*¹⁹.

III. Los fundamentos dados por la comisión redactora del Senado

Luego de este pequeño preludeo sobre la eugenesia y su influencia en el mundo y en la Argentina en las primeras décadas del siglo XX, analizaremos el *Informe de la Comisión de Códigos del Senado de la Nación*, relativo a la “Reforma del Código Penal”, con las firmas de Joaquín V. González (senador por La Rioja), Enrique del Valle Iberlucea (senador por Capital Federal) y Pedro A. Garro (senador por San Juan), el cual fue insertado en la sesión ordinaria del 23 de septiembre de 1920.

El *Informe* señala que tras estudiar el proyecto originario del Poder Ejecutivo Nacional y “el venido en revisión de la H. Cámara de Diputados”, en 1917, “aconseja la sanción de este último, con las modificaciones que se indican en el despacho”.

Entre las modificaciones que incorporó al proyecto figura la introducción de las causas de no punibilidad del aborto; tema que es abordado en el capítulo XIX, “De los delitos y sus penas”. Transcribiremos completo el *Informe* en este punto, para que no queden dudas de la verdadera voluntad del legislador histórico al introducir esta “novedad” legislativa para nuestro país, y que no aparezca como una edición caprichosa y arbitraria del mismo. Dicho esto veamos qué dice el *Informe*:

“En el art. 86 hemos propuesto el siguiente agregado: ‘El aborto practicado por un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible; 1º- Si ha sido hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2º- Si el embarazo proviene de una violación de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota, demente,

18 Un libro muy interesante que marca el clima de época, que cimentó el desarrollo de la eugenesia entre otras teorías en Argentina, es el de: Ramella, S. T. (2004). *Una Argentina racista. Historia de las ideas acerca de su pueblo y población (1930-1950)*. Mendoza. Facultad de Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional de Cuyo. INCIHUSA. CRICYT.

19 Cf. Palma, H. A. (2009) “Gobernar es seleccionar”. *Historia y reflexiones sobre el mejoramiento genético en seres humanos*. Ob. cit., 134. “El primer hito importante de institucionalización de la eugenesia en la Argentina se remonta al año 1918 en el cual el Dr. Delfino fundó la Sociedad Argentina de Eugenesia de corta existencia. Poco tiempo después, en 1921, el Dr. Alfredo Verano crea la Liga Argentina de Profilaxis Social; finalmente, en 1932 se funda la AABEMS, que publicó los *Anales*, publicación quincenal durante los primeros años, aunque luego fue espaciándose su aparición”. *Ibíd.*, 134-135.

inconsciente o incapaz de resistencia, o de un incesto. Si la víctima es idiota o demente, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto’.

Hemos tomado estas disposiciones del artículo 112 del anteproyecto suizo de 1916. La primera disposición no necesita explicarse, pues cae de su propio peso que cuando el aborto es indispensable para la salud o la vida de la madre no constituye delito.

La segunda importa una verdadera innovación en la legislación criminal. Al referirse a este punto dice un distinguido profesor de Derecho Penal, citado varias veces en este informe, que es sumamente interesante la última redacción del anteproyecto del Código Penal suizo, que no figuraba en ninguna de las ediciones anteriores, habiendo sido introducido por la segunda Comisión de peritos.

‘Es la primera vez –agrega– que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico para evitar que de una mujer idiota o enajenada, o de un incesto, nazca un ser anormal o degenerado. Gautier, comentando este artículo, apunta ya que en el caso de incesto se podrían añadir consideraciones de orden étnico, y que cuando el embarazo sea resultado de un atentado cometido sin violencia, contra una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia, podría argüirse, más justamente aún que en caso de incesto, el interés de la raza. ¿Qué puede resultar de bueno de una mujer demente o cretina?’²⁰.

El tema es seductor y su desarrollo en este informe podría llevarnos muy lejos, haciéndonos entrar en el dominio de la eugénica, cuyo estudio reviste para algunos miembros de esta Comisión una importancia trascendental y cuyos problemas deben interesar profunda e intensamente a los legisladores, pedagogos, sociólogos y juristas de nuestro país. La misma ciencia penal se preocupa de las aplicaciones de sus principios para combatir con mayor eficacia el aumento de la criminalidad. El VII Congreso de Antropología Criminal, celebrado en Colonia en 1911, se ocupó de la esterilización de los criminales. Y en trece estados de Norte América se han dictado ya leyes esterilizadoras de criminales y enfermos mentales.

Pero no es el momento de hacer en este informe largas consideraciones acerca de la eugenesia en sus relaciones con la criminalidad. Bastará decir, para terminar con este punto, que si bien no se admite hoy en día ni por la ciencia, ni por el Derecho Penal, ni por el consenso social, la esterilización de los delincuentes, aunque sean incorregibles, con fines eugénicos, sintiéndose por esa medida, según dijera Van Hamel, una ‘repugnancia afectiva’, *es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado, con intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza.* El problema se ha planteado en Europa durante la última guerra, con motivo de las violaciones de que fueran víctimas numerosas mujeres belgas por soldados ebrios, desenfrenados o criminales”²¹ (el destacado es nuestro).

El dictamen afirma, al referirse al inciso 2: “[...] importa una verdadera innovación en la legislación criminal” y citando a Jiménez de Asúa dirá que es la primera

²⁰ Jiménez de Asúa, L. (1918). *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*. Madrid. Suárez, 206.

²¹ Congreso Nacional, Cámara de Senadores, 43ª Reunión, 31ª sesión ordinaria, septiembre 23 de 1920, 957/958.

vez que un legislador “se atreve” a “legitimar el aborto con un fin eugenésico” a fin de evitar que de una mujer idiota o enajenada “nazca un ser anormal o degenerado”. Añade que la doctrina y la legislación comparadas ya se ocupan de la esterilización de “criminales” y de “enfermos mentales”, y si bien reconoce que respecto de lo primero no existe un “consenso” afirmativo, “es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado, con intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza”. Y citando al doctrinario suizo Gautier, menciona que cuando “el embarazo sea el resultado de un atentado cometido sin violencia contra una mujer idiota [...] podría argüirse más justamente aún que en caso de incesto, el interés de la raza”.

Surge de manera clara y contundente que los senadores que introdujeron esta “verdadera innovación en la legislación criminal”, como ellos la llaman, tuvieron en cuenta un motivo tan aberrante como evitar que nacieran seres humanos discapacitados; en ningún momento se realiza otro tipo de ponderaciones. No hay ninguna referencia a la situación de la mujer violada, a su sufrimiento, a la “injusticia” que acarrearía para una mujer en esta situación el obligarla a transitar un embarazo producto de una violación. Si los senadores informantes hubiesen tenido en cuenta a la mujer para justificar el aborto, podrían haber introducido palabras semejantes a las que utilizaba en esa época el penalista José Peco para avalar el aborto sentimental: “El vástago de la violación evoca el recuerdo de un acto que lastima el pudor de la mujer soltera y perturba la tranquilidad de la mujer casada, sin que la ley deba obligarla a soportar una maternidad odiosa”²².

Pero no lo hicieron. Ninguna frase o palabra semejante se encuentra en el *Informe*, de ahí que no es posible llegar a la conclusión a la que arriba la Corte de que la voluntad del legislador al introducir la voz “violación” quiso no castigar el aborto realizado para cualquier mujer víctima de una violación con independencia de su capacidad mental, sino que los redactores lo que no querían era que “nazca un ser anormal o degenerado”.

El *Informe* es categórico en este sentido, pues de su texto no surge ni una palabra respecto de la mujer víctima del delito de violación y está clarísimo que el legislador no la tuvo en cuenta al momento de innovar con esta medida legislativa. Por eso no compartimos las afirmaciones que se realizan en el considerando 15° *in fine* del voto mayoritario, ya que no se tuvo en cuenta proteger los derechos de las mujeres víctimas de violencia sexual; o en el considerando 22°, ya que el legislador no previó el caso de que la propia mujer embarazada lo pidiese; o en el considerando 24°, debido a que no hubo una ponderación de derechos en juego. Similar opinión podemos efectuar a las afirmaciones realizadas por la Dra. Argibay, para avalar la interpretación amplia del inciso 2 y admitir el aborto por cualquier causa de violación, cuando en su voto en el considerando 13° afirmó que fue: “[...] una situación que el legislador consideró no evitable de otro modo que afectando los derechos del nasciturus [...]”; o en el considerando 14°, cuando expresó: “[...] el legislador acepta como socialmente soportable una conducta que en sí aprecia como prohibida [...]”. Y finalmente, análoga crítica cabe a las palabras del Dr. Petracchi en el considerando 9°:

²² Peco, J. (1942). *Proyecto de Código Penal...* Ob. cit., 245.

“[...] enunciando los sufrimientos que para ella conllevaría una ponderación de los intereses en pugna contraria a la que fuera previamente definida por el legislador”; o en el considerando 10º, al afirmar que estamos ante una “[...] extrema conflictividad de una situación que el legislador consideró no evitable de otro modo que afectando los derechos del nasciturus [...]”. Como hemos asegurado, no hay ninguna referencia en el *Informe* que pueda ratificar estas afirmaciones; por lo contrario, solamente se encuentran expresiones tendientes a justificar el aborto con el fin de “resguardar” y “perfeccionar” la “raza” argentina²³.

IV. Joaquín V. González y la eugenesia

Por si queda alguna duda sobre cuál fue la voluntad del legislador histórico, es importante tener en cuenta la posición de los miembros informantes. Si bien, sobre los senadores del Valle y Garro no hay documentos que puedan avalar la postura de ellos sobre la eugenesia, en cambio, Soria ha demostrado de manera categórica la admiración de Joaquín V. González por las ideas eugenésicas²⁴.

Quien fuese senador por La Rioja, en su obra *Patria y Democracia* (1920), aclaraba su posición sobre la necesidad de poner restricciones a los inmigrantes que ingresaban al país, para salvaguardar la identidad nacional; y si debía ser modificada que fuese por medio de la mezcla racial con “lo mejor de Europa”. González afirmaba: “[...] desde la incipiente eugénica hasta la más generosa política internacional, se reconoce y respeta como inviolable para cada nación, la libertad de buscar por todos los medios a su alcance, dentro de las leyes comunes a todos, la realización, o los caminos para llegar a realizar la selección de sus elementos raciales o nacionales”²⁵. Se debía, entonces, generar una “política” que propendiese tanto al “aumento de los factores útiles o favorables como de eliminación de los inútiles, ineficaces, peligrosos o incapaces para contribuir al fin supremo y vital de la selección”. Es lo que en los reinos de eugénica y

23 Compartimos las palabras de Rabbi-Baldi Cabanillas cuando afirma: “Como se dijo, la Corte piensa que la voz ‘violación’ a secas autoriza arribar a la conclusión a la que llega. Se han señalado los inconvenientes gramaticales y sistemáticos que tornan insegura tal conclusión. Si éstos persistieran, tengo para mí que el Informe los despeja. ¿Por qué? Simplemente, porque no se encontrará una sola referencia al supuesto. [...] Si se atiende al espíritu del legislador, no cabe arribar a otra conclusión ya que el dictamen, en el aspecto bajo tratamiento, sólo se ocupa del aborto por razón de eugenesia. Es, además, lo lógico: si se hubiera pretendido introducir una causal como la que extrae la Corte en el fallo bajo comentario, dada su relevancia y novedad, habría merecido alguna consideración suplementaria. De ahí que [...] no cabe presumir una imprevisión o inconsecuencia tan palpable, para decirlo en el lenguaje de la propia Corte, máxime si no puede discutirse la categoría intelectual de sus integrantes, en especial de González y de Del Valle Iberlucea.

En suma, pienso que toda la fundamentación del inciso, tanto por la extensión cuanto por la densidad de sus argumentos, se destina a justificar la impunidad del aborto con sustento en la necesidad de mejorar la raza”. Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (septiembre 2012). “El aborto no punible en la Argentina. Consideraciones sobre el sentido de la norma permisiva y prospectivas desde una Filosofía del Derecho Constitucional, a partir del caso ‘F., A. L.’, de la Corte Suprema”. Ob. cit., 352-353.

24 Cf. Soria, E. R. (agosto 2009). “El aborto eugenésico en el Código Penal Argentino (1853-1922)”. Ob. cit., 18-23.

25 González, J. V. (1935). “Patria y Democracia (1920)”. En *Obras Completas de Joaquín V. González*, Volumen XI. Buenos Aires. Universidad de La Plata, 569.

de la sociología se denomina “eliminación de los ineptos”²⁶. Más precisamente, dicha política debía apuntalar a la “preservación de la especie humana y mejoramiento de la raza propia, por el estímulo y facilidad de las uniones sanas y fecundas, la incorporación inmigratoria de las mejores razas europeas, y la prohibición, en forma de impedimentos absolutos, para las uniones matrimoniales entre personas enfermas de males transmisibles a la descendencia; y si aun los indicativos eugénicos son inaplicables, por lo menos pensar en medios esterilizantes contra la propagación de los gérmenes de degeneración de la familia, como núcleo social originario”²⁷.

Los textos citados no dan margen a la incertidumbre: González fue un claro admirador de la eugenesia, y es verosímil que haya considerado oportuna la reforma del Código Penal para introducir dichas ideas a través de algunas soluciones legislativas²⁸.

V. Conclusiones

Como hemos podido ver, el art. 86, inciso 2, del Código Penal, tuvo una motivación pura y exclusivamente eugénica. El informe despeja cualquier duda; al tratar dicho inciso no hay una sola mención a la situación de la mujer embarazada producto de una violación, no hay ponderación de intereses, no hay intención de proteger los derechos de las mujeres víctimas de la violencia sexual; por lo contrario, la preocupación de los legisladores fue pura y exclusivamente el de evitar que nacieran “seres anormales”, de ahí que la práctica del aborto la consideraran legítima a fin de perfeccionar la raza argentina.

Los ministros de la Corte tuvieron la posibilidad histórica de declarar la inconstitucionalidad del art. 86, inc. 2, del Código Penal, lo que hubiese implicado un claro avance en materia de derechos humanos, en consonancia con la tradición latinoamericana²⁹, y con la constante legislación argentina, fundamentalmente a partir de la Reforma de la Constitución Argentina de 1994, y la constitucionalización de distintos tratados internacionales de los que claramente surge la defensa de la vida humana desde la concepción. Sin embargo, los jueces del más Alto Tribunal de Justicia de la Argentina optaron por otro camino. La sentencia de la Corte del 13 de marzo de 2012 convalida una teoría aberrante como la eugenesia, con el agravante de haber ampliado la interpretación del referido inciso a toda violación, yendo más allá de la letra de la ley, de los antecedentes históricos y de los fundamentos que le dieron origen y siendo otro peldaño más de la cultura de la muerte.

²⁶ *Ibidem*, 572.

²⁷ *Ibidem*, 724.

²⁸ Cf. Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (septiembre 2012). “El aborto no punible en la Argentina. Consideraciones sobre el sentido de la norma permisiva y prospectivas desde una Filosofía del Derecho Constitucional, a partir del caso ‘F., A. L.’, de la Corte Suprema”. *Ob. cit.*, 355.

²⁹ Recomendamos el excelente libro de: Farfan, M. L.; Saunders, W. L. y Maxon, J. (editores) (2012). *Defendiendo el derecho humano a la vida en Latinoamérica*. Washington DC. Americans United For Life.