

EL ABORTO COMO INCONSECUENCIA DE LA LEY PUNITIVA ¹

Por Matías Bailone.



El libro que presentamos es una conjunción de cajas chinas o muñecas rusas, temas que engloban a otros temas, y que contienen a otros más. El aborto, o mejor dicho, LA **INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO**, no puede ser sometido a un análisis dogmático penal, si antes no se analiza el **expansionismo penal** que sufre occidente desde hace una década, si antes no se estudian las posibilidades de una **ampliación del estado de necesidad** y de **relativización del derecho a la vida y el derecho a la autodeterminación**. En fin, el tema del delito del aborto encierra cuestiones de claro **contenido constitucional**, y del **derecho de los derechos humanos**, que funciona como una instancia casatoria supraconstitucional a nivel regional.

Pero la interrupción voluntaria del embarazo no puede ser soslayada como una **cuestión social** y un **conflicto familiar**, es decir una situación problemática que involucra a **pequeñas comunidades con niveles de solución de conflicto extrapenales y de alta efectividad**. El aborto implica un conflicto en la célula familiar y representa una causa concreta de discriminación social. De ello no solamente hablan los **altos números estadísticos de muertes adolescentes durante abortos mal practicados en condiciones de nula higiene y asepsia**, sino además el **bajísimo número de abortos criminalizados**, especialmente el aborto de la propia madre. (**el poder intimidante de las penas**, diría Jiménez de Asúa, se encuentra en jaque).

De ello hablamos en el libro, inscribimos (como dice Terragni) la problemática en la **política criminal** y la **criminología**. Hablamos de los estudios criminológicos (aquellos del positivismo y los de la criminología crítica) que sindicaban la **cri-**

¹ Desgrabación de las palabras del **Dr. Matías Bailone** durante la presentación de su libro **“El aborto y la cuestión penal”** de coautoría con el **Dr. Rubén Figari** (*Editorial Mediterránea, Córdoba, 2006*). La presentación tuvo lugar el día 18 de Noviembre de 2006 en la Ciudad de Villa Mercedes (San Luis).

minalidad de la mujer y la criminalidad de la pobreza, como las dos aristas que señalan el universo de lo criminalizado con los tipos penales que punen los abortos. Creemos que sólo un **reduccionismo** muy grande (y peligroso) puede **soslayar** estas cuestiones de índole social y criminológico, y centrarse sólo en aspectos punitivos positivos o aspectos morales y religiosos.

Otro problema es que **la simplificación desdibuja estas posturas antagónicas como ancladas en prejuicios y poca racionalidad**. Las posturas abortistas trasladan a su contraparte (como hizo Página/12 ayer) una defensa ciega de la vida intrauterina como estandarte de guerra, una posición cerrada y autista de intransigencia absoluta. Por el contrario, las posturas antiabortistas sindicán a sus opositores como libertinos y réprobos, y como alegres defensores del libertinaje. Lo cierto es que ni los unos defienden la vida intrauterina desde un escritorio, ni los otros postulan que las mujeres van alegremente a someterse a operaciones abortivas.

Si se ve al ABORTO como una **grave y delicada cuestión social**, además de un crimen contra un ser humano, y se lo reconoce como un trauma personal quizá llevado de por vida, entonces las posturas pueden mixturarse. El **justo medio nicomaqueo es la piedra filosofal de este libro, en cuya búsqueda partimos pero cuya resolución sólo podrá valorar el lector**. Cuando decidimos abarcar el **amplio espectro bibliográfico de la obra**, pensamos, tuvimos en mente, a un lector participativo, que vaya confrontando el devenir de la doctrina y la grisácea práctica punitiva.

El crimen de aquellos seres humanos que aún no han nacido, pero que – debido a su mapa genético autónomo- consideramos ‘personas’ (con derechos en expectativa, salvo el derecho a la vida, que es actual y efectivo), (60 millones de vidas al año en la región) cometido por lo que el Padre Saenz llamó **LOS NUEVOS HERODES CON GUANTES DE GAMUZA**, produce una **justificada indignación a nuestro humanismo**, y como juristas nos encontramos en la **violación de preceptos constitucionales y de tratados internacionales** (Convención Americana de DDHH, San José de Costa Rica / Convención de los derechos del niño), además de la **tipificación** (encuadramiento del hecho en los tipos del código penal) de tales conductas en artículos de nuestro código punitivo.

Pero un planteo que dejamos abierto en el libro, es si, **de la consagración constitucional de derechos, se debe extraer necesariamente una protección**

punitiva. Es decir, si del reconocimiento de un derecho, se debe seguir que el Estado lo proteja a través de su brazo más violento y extremo: el derecho penal.

Y aquí es donde el tema de la **INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO**, en otra caja china o muñeca rusa, (en este caso, quizá la última, la más pequeña) está la problemática del **USO INDISCRIMINADO DEL SISTEMA PENAL PARA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS SOCIALES, O COMO MERO USO SIMBÓLICO.** Aquí reconocemos que estamos altamente influenciados por nuestras ideas sobre la materia, por nuestro íntimo convencimiento que el derecho penal es (y siempre debe serlo) la **última ratio**, el último recurso que el Estado debe usar para proteger bienes jurídicos (aunque la misión de protección del Estado está muy discutida en la doctrina aún de extrema derecha).

Aquí es donde confrontamos una postura que creemos ilusa (pero al mismo tiempo nociva), aquella que **ve a la represión punitiva como una máxima inamovible, cuya mínima modificación produciría apocalípticas abdicaciones de tipo moral ...** Por ello, **considerar a la punición del aborto como una máxima inexpugnable** revela la concepción del Derecho Penal como un mero instrumento simbólico...

Por eso en el libro hablamos de la **FURIA PUNITIVA** en que se encuentran situadas nuestras sociedades, que los MASS MEDIA tienden a multiplicar escenas falseadas o exageradas de la realidad diaria y a imponerlas como modelo. Se crea una improbable **imagen del hombre de la calle**, del ciudadano común, al que se le imputan **todos los prejuicios posibles**, todas las manías y psicopatías existentes, y se lo cree racista, nazi, antisemita, individualista, miedoso, desconfiado, etc, etc. Pero esa imagen –gracias a Dios- no existe, es una invención para justificar la existencia de la **red de control más grande** que se haya soñado e implantado sobre poblaciones civiles: **el sistema penal.**

El **penalismo liberal**, del cual nos sentimos humildemente tributarios, es el único que ha dado señales de alerta sobre la temática, y pretende **inyectar un mínimo de racionalidad republicana** en los debates sobre las penas y los delitos. En realidad, como dice Zaffaroni, todo el iuspenalismo está en contra de este estado de situación, porque esa **pequeñísima minoría de nulo valor intelectual que no asigna importancia al dolor causado intencionalmente por el sistema penal, un reducidísimo grupo de empresarios y empleados de dictaduras y agen-**

cias corruptas, no pueden afirmarse como representativos de un ‘pensamiento’.

De todas formas, **la ciencia del Derecho Penal**, en este caso, cumple el **triste papel de CASANDRA**. Casandra, la hija de Príamo que fue pretendida Apolo, y que le regaló el **don de la profecía**, pero que luego, despechado, le **quita el don de la persuasión**, por lo que **nadie le creería sus oráculos**. El iuspenalismo cumple esta función, la de **vaticinar en el desier-**



to, la de **señalar que el caballo de madera tiene soldados adentro, que luego destruirán Troya**. Lamentablemente **vende más** –publicitariamente hablando– **el discurso vindicativo de nulo contenido racional, que el republicanismo garantista de nuestra Constitución Nacional**.

(Esto lo podemos comprobar con la reciente visita de **Giuliani** y Louk **Hulsman**).

Porque quienes **publicitan al sistema penal como si fuera la penicilina**, la solución mágica a todos los problemas, son en realidad eso, **actores, que cumplen su papel** y son carismáticos. Como esas publicidades de pasta dental, donde salen actores disfrazados de odontólogos diciendo que recomiendan cierta marca por sobre otras. Se recurre a esto para evitar la solución real de ciertos conflictos, que serían más costosas, y menos rentables políticamente. Lo mismo pasa cuando se les dice a los Poderes Ejecutivos que las cárceles están repletas (ya no solo de condenados sino de inocentes que están detenidos preventivamente) y violando tratados internacionales de tratamiento de reclusos, y los poderes ejecutivos contestan... construyendo **MÁS CÁRCELES**.

El penalismo no ha podido llegar a niveles de persuasión como tiene el discurso de SEGURIDAD Y ORDEN, habría que preguntarnos qué Apolo nos quitó ese don, pero también hay que tener en cuenta que **Casandra siempre ve más allá, aunque no le crean, puede vaticinar porque tiene los instrumentos de la profecía**, así como nuestra ciencia tiene la racionalidad y la experiencia de **construcciones científicas que llevan a la práctica los mandatos constitucionales y los derechos del hombre**.

Matías Bailone.

www.matiashbailone.com.ar