Avestruces antiabortistas.

¿VIVA LA VIDA?
Las preguntas acerca de la vida siempre toman perfiles de bandera. El hombre siempre supo que la vida era lo único realmente propio que poseía y por ello 'quitar la vida' y 'salvar la vida' serán siempre los actos cumbre de toda historia.
La palabra 'vida' como la palabra 'justicia' son expresiones que cargan un alto contenido simbólico, emocional. Esto imposibilita toda discusión objetiva a su respecto, como ya había señalado Alf Ross.
Sin embargo, la problemática del aborto debe ser enfrentada con urgencia y coraje, pues advertimos que la realidad avanza mientras los juristas seguimos temiendo enfrentarla. Tenemos que darnos cuenta de que estamos ante la oportunidad única de encauzar una realidad social que hoy está descontrolada, tenemos que darnos cuenta de que si no enfrentamos el problema, o si le seguimos dando respuestas de avestruz, la realidad nos seguirá desbordando, y el caudal de su cotidianeidad, de su praxis, nos borrará… con nuestras dudas aún sin resolver.
A nosotros la problemática del aborto nos angustia, nos hace sentir que ya no podemos permanecer indiferentes. Este trabajo se propone un humilde objetivo: manifestar dudas y sugerir caminos. Abrir la discusión, enfrentar temores y descubrirnos sin seguridades pero con metas, con esperanzas.
No queremos mencionar datos para que nadie crea que acudimos a golpes bajos, pero debemos decir que nadie en su sano juicio puede hacer oídos sordos a las cifras de los abortos que se realizan en la Argentina ni de las mujeres que mueren diariamente por abortos mal practicados. Estos números claman justicia, son números del desamparo, de la marginalidad. Estos números dicen que algo está pasando en la realidad y que el jurista que no se duele frente a ellos y los enfrenta seriamente o es un necio o es un canalla.
Venimos desde Santa Fe, donde el tristemente célebre caso Insaurralde nos golpeó con su ceguera, nos detuvo en la historia, nos invitó a cerrar los ojos y a contentarnos con entonar una plegaria. "Insaurralde" se animó a atacar los precedentes "Natividad Frías" y "César Claisse" para postularse como leading case del oscurantismo.
Tan distinto a Roe vs. Wade, donde sabiamente se dijo "no estamos de acuerdo con que, por adoptar una teoría sobre la vida, Texas pueda avasallar los derechos de la mujer embarazada." Luego se elaboró la Teoría de los Tres Puntos de Inflexión, donde prevalecerán intereses distintos: en la primera etapa: intimidad de la mujer; segunda etapa: salud de la mujer; tercera etapa: potencialidad de la vida humana viable.

La consecuencia (¿querida o no querida?) de Insaurralde es simplísima: las mujeres que abortan clandestinamente y una infección las lleva a un hospital público, serán penadas, en cambio las que se mantengan dentro de nosocomios privados no pueden ser penadas. Esto es lo que resolvió por unanimidad la corte santafesina. Es, como bien dice Andrés Gil Domínguez, la constitucionalización de la pobreza, Yo, humildemente, agregaría que Insaurralde es la victoria de las convicciones personales de los jueces por sobre los derechos personales de los ciudadanos.

¿QUÉ ES PERSONA? ¿CUÁNDO HAY VIDA?

La definición de 'vida' es de por sí problemática, podríamos decir con Alf Ross que "Invocar la vida es como dar un golpe en la mesa: una expresión emocional. Las palabras de quien invoca la vida constituyen persuasión, no argumento; es imposible sostener con él una discusión racional."

Roe vs. Wade se preocupa por analizar detenidamente la Constitución y señalaba que la palabra 'persona' en la Constitución Norteamericana no incluye al nonato. Insaurralde señala que desde la concepción hay persona, diga lo que diga la Constitución.

En su último libro (El derecho constitucional de la postmodernidad) Bidart Campos, a quien nadie puede acusar de abortista, señala que no se puede seguir sosteniendo que haya persona desde la concepción y así lo expresa: "El derecho a la vida será ontológicamente tal cuando haya un ser cuya individuación dé origen a una persona susceptible de ser sujeto activo titular de tal derecho, con lo que dejamos en claro que el deber jurídico de proteger la vida es capaz de adelantarse temporalmente al derecho a la vida, desde que en la vida hay un valor aunque a veces no quepa detectar un derecho. (…) Precisamente insistimos en que hay vida desde la unión del óvulo y el espermatozoide (…) Aunque la individuación no queda definida hasta un momento posterior al inicio de la vida, esta vida es ya y siempre un valor jurídico constitucionalmente protegido." Consideraciones similares expone Carlos Colautti (Derechos Humanos Constitucionales).

Roe vs. Wade dice que cuando los especialistas no pueden llegar al consenso sobre cuándo comienza la vida, el juez no puede articular una respuesta. Sin embargo aceptamos la crítica de María Angélica Gelli (Constitución y Derechos Humanos) quien destaca que no decidir cuándo empieza la vida también implica tomar partido.

Por eso nosotros preferimos una definición concreta y sincera, aunque ello nos atraiga enfrentamientos: para nosotros hay persona, hay vida humana desde el momento en que el niño es separado vivo del cuerpo de su madre, desde el momento en que la vida del niño no depende directamente de la vida de la madre.

Sin embargo en instancias previas, durante el embarazo, el riesgo para la salud de la mujer, nos convoca a limitar la posibilidad del aborto.
Y creemos que esto es perfectamente posible dentro del marco normativo de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales.
No queremos hacer un exhaustivo análisis normativo ya que el brillante trabajo de Andrés Gil Domínguez (La Ley, Sup. Const., 14/12/98, pág. 8) nos releva de esta tarea. No queremos dejar por ello de mencionar que los tratados internacionales de ninguna manera impiden la despenalización del aborto e incluso su favorecimiento. La expresión “en general” del Pacto de San José así como la escasa importancia de una reserva interpretativa como la formulada por Argentina a la Convención sobre los Derechos del Niño, no son argumento suficiente para mantener la penalización. La interpretación no punitoria del Pacto que sostenemos, ha sido establecida por la CADH en marzo de 1981.
Finalmente creemos útil recordar que la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer es muy clara cuando garantiza el igual acceso a la salud y el derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos. Y, tal como sabemos desde “Chocobar”, se presume que no hay contradicciones entre los tratados jerarquizados en la reforma de 1994.

LA PUNICIÓN ESQUIZOFRÉNICA EN EL PAÍS DEL AVESTRUZ
Queremos señalar sólo algunas contradicciones legislativas que parten, coincidimos nuevamente con Gil Domínguez, de la falta de convicción acerca de que el hecho reprimido sea del todo ilícito.
I. -Mientras el Código Civil sostiene que hay persona desde la concepción (art. 70) consagra la revocabilidad de los derechos cuando el feto nace muerto (art. 74)
II. -El Código Penal sanciona duramente el aborto, pero permite el aborto terapéutico pues considera a la vida de la madre como más relevante socialmente que la vida del feto, el cual aún no ha entrado en vida de relación, en lo que denominamos vida humana ‘en acto’. Igualmente permite el aborto eugenésico del cual ya nos ocuparemos en otro punto. Bidart Campos ha advertido esta contradicción y ha planteado la inconstitucionalidad del los abortos permitidos. Esta sí es una solución coherente, aunque no la compartamos.
III.-Si tomamos los números más serios (Aller Atucha) debemos admitir que en Argentina se cometen más de 1000 delitos de aborto por día, lo cual nos lleva a pensar que las disposiciones de los artículos 85, 86 y 88 del Código Penal son disposiciones criminosas en sí mismas, no conducen a disuasión ni a sanción, sólo

generan el aumento de los índices de criminalidad impune.
IV.-Si receptásemos las teorías más duras o se diesen circunstancias de reincidencia, la mujer abortante debería ser encarcelada. Sin embargo las estadísticas dicen que la mayoría de las abortantes son madres de varios hijos, en cuyo caso la prisión conduciría a su temporaria orfandad. Así se está desprotegiendo a la familia, so color de protegerla.
V. -Una disposición legal de estas características, que no es obedecida, que trae criminalidad y sensación de impunidad, una norma que es tan reiteradamente burlada, sólo conduce al descrédito del derecho. Así señalaba Laroque al votarse en Francia una amnistía para todas las mujeres abortantes: “cuando una ley es objeto de burla o no se aplica como corresponde, resulta un descrédito para las instituciones, para el parlamento que dicta la ley, para el gobierno que está encargado de aplicarla, para la justicia y, en definitiva, resulta una crisis del Estado.”
VI.-Hemos tenido ocasión de leer sugerencias de organizaciones de mujeres (International Women’s Health Coalition) que, en referencia a Argentina, plantean: “no es necesaria la reforma de la legislación ya que los abortos o no son perseguidos o es fácil sobornar a la policía para evitar molestias”. La Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires señala: “en Argentina no se registran condenas a mujeres por el delito de aborto y es poco frecuente la petición de excepción, ya que el sistema informal opera con mayor seguridad y discreción”. Si esto no es la frustración del derecho ¿qué es?
VII.-La Constitución Nacional, en el inciso 23 del artículo 75, habla de la seguridad social y alude al “niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental”. ¿Fue inocente la elección de la palabra ‘embarazo’? En el debate el Dr. Alfonsín señaló: “Hemos consagrado una cláusula que puede servir tanto en un Estado abortista como en uno antiabortista, porque esta cláusula no incrimina ni desincrima el aborto. Y si la incluimos al hablar de la seguridad social fue porque creemos que la solución no vendrá desde el Derecho Penal sino desde la asistencia del Estado.” (3° sesión ordinaria, 34° reunión).
VIII.- La demonización de la sola ideología abortista, acarrea efectos contrarios a los buscados. A este respecto no queremos dejar de recordar un fallo de la Cám.Nac.Civil que consideró injuria matrimonial grave, justificativa de divorcio vincular, la actitud de una mujer casada que asistió a una manifestación a favor del aborto. Se dijo “Una cosa es propiciar el reconocimiento de los derechos de la mujer en igualdad frente al hombre, bregar porque no se la discrimine en cuanto al acceso al pleno ejercicio de las libertades y los roles públicos y aún protestar por lo que se

considere la negación de esas aspiraciones, en razón de costumbres inherentes al desenvolvimiento de los menesteres familiares de las mujeres, pero otra distinta es llegar a denostar la maternidad, sobre la única base del placer y pretender que el aborto no tenga otro límite que la propia decisión.” Pese a acompañar el voto mayoritario el Dr. Cifuentes sospechó que se estaban violando derechos fundamentales de la mujer, así dijo “Por aceptables o no, las opiniones feministas de la cónyuge, por exageradas o no, por contrarias o no a un sentido específico de lo que se considera matrimonio y familia, si se virtieron fuera de ella casi por completo y como una expresión de la opinión personal, desligadas del matrimonio, no tendieron a atacarlo en sí. Fueron abstractas opiniones, y por las opiniones no se puede juzgar ni sancionar a nadie.” (Cám. Nac. Civil – Sala C Sentencia Definitiva C. 072448 “K., E.V. c/O., M. E. s/Divorcio vincular”)
IX.-Pero para nosotros la contradicción más flagrante se da cuando comparamos las penas impuestas al aborto con las impuestas al incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. El progenitor (generalmente el varón) que no brinda “los medios indispensables para la subsistencia a un hijo” tiene menos pena que la mujer que aborta. Se nos dirá que no podemos comparar al aborto con la no prestación alimentaria y nosotros decimos que si no podemos compararlos es porque nuestras mentes siguen atadas a viejas estructuras culturales donde la mujer está obligada a tener hijos pero el hombre no está obligado a alimentarlos, viejas estructuras donde Eva no deja de ser costilla.

EL ABORTO EUGENÉSICO
La problemática del aborto eugenésico no es sencilla. En principio debemos recordar que, aparentemente, la idea del legislador fue evitar la transmisión de enfermedades que en aquel entonces consideraba hereditarias.
Actualmente conocemos que no es matemática la transmisión de estas enfermedades por vía hereditaria. Más aún, los avances de la ciencia médica, en especial la genética, permiten conocer si el feto presenta características enfermizas desde los primeros meses de gestación. Surgen así algunas cuestiones que queremos plantear:
1 – Permitir siempre el aborto eugenésico, si la finalidad es evitar la transmisión, nos puede llevar a abortar fetos que no presentan trastorno alguno.
2 – La finalidad eugenésica no es clara desde que no se permite el aborto cuando una mujer “normal” es violada por un demente o idiota, siendo que la posibilidad de herencia, dentro de aquella lógica legislativa, es la misma.
3 – Si la intención eugenésica fuese real deberíamos permitir el aborto cuando se advirtiese que, pese a ser la madre normal, el hijo nacería idiota o demente.

En conclusión, creemos que el mantenimiento de esta excepción pese a su inactualidad nos dice mucho más.
En primer lugar pareciera que la finalidad de la norma en su momento fue evitar a las familias donde una hija sufría una enfermedad de este tipo, tener que cargar además con un hijo, con altas sospechas de que iba ser enfermo. Más que finalidad eugenésica vemos una finalidad de estética familiar, de imagen. El famoso hijo enfermo que las familias pacatas encerraban en el cuartito del fondo.

PROBLEMÁTICA ACTUAL
En el tema que nos ocupa, se trate o no de una finalidad eugenésica real, nos hallamos ante un dato de la realidad que nos preocupa. En la actualidad lograr la práctica del aborto eugenésico es una misión casi imposible y esto por dos razones:
1- En primer lugar aquellas mujeres que acuden a los jueces para solicitar autorización se encuentran con una respuesta ambigua: no podemos autorizar algo que no coincide con los valores predominantes de nuestro sistema, usted si desea haga el aborto y luego veremos si puede o no ser imputada por ello. Se dice: está mal pero hágalo y después vemos.
Nos hallamos así ante una actitud criminal (¿instigación?) de parte de estos magistrados, porque desperdician la ocasión preciosa de verificar la exactitud o no de los presupuestos eugenésicos, pierden la oportunidad de evitar abortos que no cumpliesen con los requisitos substanciales de los eugenésicos.
Nos encontramos aquí con una incorrecta interpretación del principio de legalidad del artículo 19. Nadie será privado de lo que la ley no prohibe implica que si se solicita una autorización para realizar lo que la ley permite debe entenderse que se está pidiendo la verificación de los requisitos legales del caso, que se está instrumentando una especie de acción declarativa de certeza.
El juez, a fin de preservar los derechos de los curadores, de la mujer y del feto, debe autorizar o negar la autorización mediante una simple verificación de las condiciones del artículo 86, inciso 2, a saber: si estamos ante una mujer idiota o demente, si el embarazo es producto de una violación o del difuso ‘atentado al pudor’ (algunos autores presumen que todo acto sexual de una mujer idiota o demente es involuntario, lo cual no siempre es así), si hay consentimiento del representante legal y, en una interpretación dinámica, si hay o no posibilidades de que el niño herede la enfermedad de la madre.
2- Cuando el aborto eugenésico es claro surge, muchas veces, otro problema: todos los médicos del nosocomio al que acude la embarazada se declaran objetores de conciencia y se niegan a practicar el aborto que la ley autoriza. Esto lo hemos visto recientemente en un caso donde interviniera la Defensoría del Pueblo de la Ciudad

de Buenos Aires. Todos los médicos del Hospital Santojanni se opusieron a realizar el aborto requerido.
Nos hallamos entonces frente a un choque de derechos: el de la mujer y sus representantes a ejercer una opción legalmente permitida y el de los médicos a no hacer aquello que pone en crisis sus más profundas convicciones. Y, como si esto fuera poco, se agrega el deber estatal de preservar la salud y brindar las atenciones médicas requeridas por la población.
En el caso citado se resolvió administrativamente que la mujer sea trasladada a otras instituciones dependientes de la Ciudad hasta que encuentre un profesional que no objete la práctica, sin embargo esto no siempre será posible en las provincias donde, en muchos casos, para encontrar un segundo sanatorio hay que recorrer cientos de kilómetros, con los gastos e inconvenientes que ello implica, todo lo cual se ve agravado por la situación en cuestión.
En el caso Bahamondez, encontramos algunas respuestas a esta situación cuando define la objeción de conciencia como el “derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común.”
En Bahamondez había una objeción de conciencia pura: el único perjudicado directamente por la objeción era el mismo objetor.
En Portillo hallamos referencias similares.
Nos animamos entonces a sostener que los derechos de la mujer embarazada y sus familiares, como terceros, y el deber del estado de brindar las prestaciones médicas requeridas, no pueden ser vulnerados por la objeción de conciencia de los médicos antiabortistas, debiendo, en su caso, obligarse judicialmente a la práctica del aborto eugenésico.

CONCLUSIÓN

Queremos terminar este trabajo, mientras pedimos disculpas por sus numerosas falencias, diciendo que si encaramos este tema fue porque nos parece que es necesario debatir lo que tantas veces se oculta, porque nos parece que es muy triste darnos cuenta cuántos juristas prefieren cerrar los ojos a la realidad, esconder la cabeza, sancionar lo que no se intenta solucionar, atacar la fiebre y no la enfermedad.
Nuestro sistema jurídico-judicial se ha sumado al triste y desafinado concierto marginador y discriminatorio, no tanto respecto a cuestiones raciales, sino respecto a otros temas que rozan derechos humanos básicos. Así vemos que ni siquiera se otorga el beneficio de la duda y la discusión ante temas como la elección libre de la

orientación sexual, el consumo personal de drogas y el aborto. Pareciera ser que la mayoría de los jueces tiene muy en claro cuál es la mejor definición sexual, lo que sufre quien consume estupefacientes y los intereses de las mujeres.
Nosotros tenemos miedo de ser juzgados por quienes tienen tantas verdades en las manos. Preferimos jueces que se animen a dudar, que admitan que el ser humano es un animal cultural, cambiante, imposible de encerrar en un aforismo. Tenemos miedo a los jueces que sienten (como aquel personaje de Cela) que el Espíritu Santo les dio su puesto y deben devolverle el favor eliminando lo que consideran inmoral del mundo.
Por eso, para terminar, nos parece útil citar a Learned Hand: “Yo pienso que sería extremadamente molesto ser gobernado por un grupo de Guardias Platónicos, aún si supiéramos cómo elegirlos, lo que yo con toda seguridad que no sé. Si ellos estuvieran a cargo del gobierno, yo perdería el estímulo de vivir en sociedad.”

DOMINGO RONDINA

(este es un antiguo artículo que escribimos en 2001, por suerte ha pasado mucha agua bajo este puente)

——————————————-

NOTAS RELACIONADAS:

La Persona en la Constitución Argentina
Igualdad, igualdad, igualdad
El nefasto caso Insaurralde

——————————————–

BIBLIOGRAFÍA

· Aborto voluntario: La Constitucionalización de la Pobreza – Andrés Gil Domínguez.
· Algo sobre el Derecho a la Vida – Germán J. Bidart Campos.
· Centro Documental “Fundación Gémina para la salud y el desarrollo humano”.
· Constitución y Derechos Humanos – Jonathan M. Miller , María Angélica Gelli,

Susana Cayuso.
· Curso de Derecho Constitucional – Quiroga Lavié.
· Deber de Denuncia Penal y Secreto Profesional del Médico (entre medio: aborto, vida, salud, igualdad) – Germán Bidart Campos
· Declaración Universal de los Derechos Sexuales
· Derecho y Derechos Fundamentales – Gregorio Peces-Barba Martínez
· Derechos Humanos Constitucionales – Carlos E. Colautti.
· El principal obstáculo del acceso al aborto es el dinero – Marlene Gerber Fried.
· El Aborto en el Derecho Penal Portugués – Manuel Da Costa Andrade.
· El Derecho Constitucional de la Postmodernidad – Germán Bidart Campos
· Elementos de Derecho Constitucional – Néstor Pedro Sagüés.
· Fundamentos de Derecho Constitucional – Carlos Santiago Nino.
· Incrementando el acceso al aborto seguro: estrategias para la acción – Adrienne Germain y Theresa Kim.
· La interrupción voluntaria del embarazo – Carlo Federico Grosso.
· La interrupción voluntaria del embarazo en el Derecho Penal Francés – Christian Feuillard.
· Nacer y Morir con Dignidad. Bioética. – Domingo M. Basso, O.P. .
· Sobre el Derecho y la Justicia – Alf Ross
· The Bill of Rights – Learned Hand
· Valor de la Vida y Doctrina del Derecho Subjetivo – Héctor Humberto Hernández.