

EL ABORTO Y EL DERECHO ENTRE LA PERSONALIDAD DEL NO NACIDO Y LAS POLÍTICAS DE POBLACION

JOSE LUIS ARAMBURO RESTREPO
Profesor Asociado de la Universidad Nacional

Las palabras engañan puesto que la palabra placer abarca realidades contradictorias, comporta a la vez las nociones de tibieza, dulzura, intimidad de los cuerpos, y las de violencia, agonía y grito.

M. Yourcenar (Memorias de Adriano)

El "grito silencioso" o cómo se construye un sujeto

El video, producido por fundaciones norteamericanas antiaborcionistas, exhibe un "raspado", esto es, un aborto practicado en un feto suficientemente formado. Se hizo posible gracias a la casi ilimitada legalidad del aborto en los estados norteamericanos y a las recientes técnicas de endoscopia. La grabación se esfuerza, a través de los artificios de los *thriller* cinematográficos, por resaltar los efectos mayormente sanguinarios del complejo procedimiento, con distintas espátulas y pinzas, para remover el feto, macerar su débil estructura ósea y finalmente eliminar por absorción sus restos del vientre materno. Semejante espectáculo de destrucción estaría

plenamente justificado en la intención de disuadir a futuras abortantes (lo que se dificulta en sistemas de aborto clandestino). Finalmente, la ética con sangre entra, lo que demuestra una vez más lo cierto del aforismo de Wittgenstein de que "la ética no es algo diferente de la estética, es la misma cosa".

Pero el verdadero objetivo de la muestra es otro: participar en las campañas cuya beligerancia se ha venido incrementando en los últimos años, en favor de una revitalización de la prohibición de los abortos. El punto jurídicamente clave de esa campaña es, según lo muestra sin recato alguno el video, hacer del simplemente concebido un sujeto de derechos. En efecto, en la parte central de la operación, como una culminación de la lucha del feto contra esa intromisión externa al universo aislado que parece ser la placenta, que se exhibe como una lucha por su supervivencia, la imagen se congela para mostrar en lo que podría llegar a ser la boca de la criatura abriéndose. El gesto se repite varias veces y la voz del locutor termina convenciéndonos de que lo que hace la criatura es gritar por su derecho a vivir. Esto es, "El grito silencioso", como efectivamente se llama el video, busca

construir, mediante la mayor de las representaciones de la existencia (aplicada aquí a la esencia) individual como es el grito, un sujeto nuevo: el feto.

La semiótica del derecho

Sin duda los productores del video entienden que el derecho, mas claramente en estos tiempos de hipersensibilidad a la legitimidad, no es únicamente una palanca de poder en la sociedad. Es además y esencialmente una "construcción" del saber, de la cultura, de la técnica, del arte, en fin, de la ética. Se nutre, claro, de las viejas ideologías de la razón, el progreso y la justicia. Pero se alimenta más de símbolos y creaciones puramente representativas; imágenes y palabras que se venden sin más pero que luego se van llenando de contenidos y de discursos. Intentos de racionalizar las elaboraciones normativas para ponerlas al servicio de una sociedad de provechosos consensualismos, como los de Habermas y Apel, chocan con esa cultura jurídica globalmente integrada de simbolismos, que reflejan sin más la raigambre estética de los diversos deber-seres de la sociedad¹.

En este plano las elaboraciones de los sujetos y sus derechos en relación con otros, tienen la virtud de incorporar al discurso jurídico, con la apariencia de mayor neutralidad, de pura técnica médica y jurídica, proyectos políticos que son difíciles de vender de otra forma. Es por eso que la constitución subjetiva fue siempre un punto jurídico de referencia en ciertas luchas sociales: la promoción de los derechos de los colectivos obreros, de

1. Cfr. ACKERMAN, Bruce. Del realismo al constructivismo jurídico. Ariel 1990. CALVO GONZALEZ, José. Comunidad jurídica y experiencia interpretativa. Ariel 1992. GARCIA VILLEGAS, Mauricio. Eficacia simbólica del derecho, Ediciones Uniandes, 1993. ALEXI, Robert. El concepto y la validez del derecho, Gedisa, 1994. Recientes elaboraciones jurídicas se preocupan por la existencia simbólica del derecho, como una construcción de la sociedad. Una verdadera tendencia, el constructivismo, explora en la forma cómo el derecho, como técnica retórica y de mediación de conflictos, elabora unas particulares realidades que aunque se nutren de otros saberes presentes en la sociedad, tiene sus fundamentos de validez y por tanto sus desarrollos conceptuales propios.

las mujeres, de los indígenas y otras minorías étnicas estuvo siempre mediada por una petición de consagración de sujetos. Esto porque la subjetividad siempre se consideró un pre-requisito en una interlocución por la igualdad y la justicia de los marginados.

Pero, por otra parte, la bioética, por hablar de nuevos retos técnicos de reproducción de la vida, por apoyarse en representaciones cada vez más convincentes del origen de la vida y por interferir con técnicas cada vez más eficientes de prolongación de la vida, es uno de esos simbolismos que llegan más impregnados por elementos que predicen su valor objetivo y que por ello enmascaran más convincentemente su valor representativo. Desde cuándo y hasta cuándo un ser se entiende vivo y qué "derecho" puede predicar esa vida frente a otros seres es un punto central de esa problemática.

Sin embargo, esas representaciones de una subjetividad jurídica, de unos sujetos de derecho actuando con sus propios intereses en la sociedad, tiene, en las formas más actuales del poder, unas derogatorias que dicen de intereses inminentes globalmente prioritarios. Discursos nuevos como la población y la salud reproductiva, con formaciones discursivas anexas, de tradicional contenido jurídico, tales seguridad social integral, incentivos natales, derechos del paciente, control del VIH/SIDA, derechos reproductivos de la mujer, responsabilidad por malas prácticas, etcétera, dejan ver la emergencia de un nuevo derecho nacido no en función de los sujetos, sino de ideas de control estratégico de la sociedad.

La personalidad del nasciturus

La conciencia de alguna forma de protección jurídica al no nacido está presente en la cultura jurídica romanística. La célebre regla del derecho romano, en virtud de la cual, *infans conceptus pronatu habetur quoties de commodis ejus agitur* (el concebido se tiene como nacido para diferirle los derechos que le deberían corresponder) domina la materia entre los romanos. Sin embargo, dicha regla dista mucho de implicar existencia jurídica del feto. La concepción romana de la personalidad,

no como una condición absoluta, sino como el cambiante resultado de unos "status", como un más y menos en el encuentro de la personalidad, hace imposible la concesión de la personalidad absoluta e integral al no nacido, sin el claro condicionamiento del nacimiento (sobrevivir al completo desprendimiento del vientre materno) de una persona "con figura humana". Incluso, durante mucho tiempo, aún la más pura tradición cristiana no consideró al feto una persona desde el momento de la concepción².

Nuestro derecho civil, heredero de las codificaciones civiles modernas que promueven un acondicionamiento de la cultura romanística al igualitarismo liberal, tampoco llega a considerar al feto como persona, salvo a título de cierta anticipación condicional al hecho del nacimiento, que tiene, a diferencia del romano, un carácter absoluto: basta que la criatura sobreviva al nacimiento en un instante para que su plena existencia jurídica cobije retro-activamente al no nacido. El no nacido nunca ha sido para el derecho una realidad, sino una "mera expectativa", su protección es la de exactamente la de la vida, sino la de la *spei vitae*.

Elaboraciones más actuales insisten, sin embargo, en conferir alguna entidad jurídica al no nacido. Ellas se basan en diversas consideraciones, donde ocupan un lugar

2. Cfr. BASILE ALEJANDRO et al. El aborto. Implicaciones jurídicas u médico legales. Ed. Universidad. Buenos Aires 1990. p. 110. Según el autor en el Concilio de Worms del siglo XI (incluso hasta Enrique en el Siglo XVI) el feto sólo adquiría condición humana con posterioridad a "la animación" que ocurría a los cuarenta o a las ochenta días según se tratara de varón o hembra. La interrupción del embarazo por eso tenía un diverso tratamiento según se produjera antes o después de la animación, que correspondía a un nombre diverso: efluctio o aborto.

“Nuestro derecho civil, heredero de las codificaciones civiles modernas que promueven un acondicionamiento de la cultura romanística al igualitarismo liberal, tampoco llega a considerar al feto como persona, salvo a título de cierta anticipación condicional al hecho del nacimiento...”

preferencial las reflexiones nacidas en la aplicación de técnicas genéticas y médicas en su tránsito hacia la ética y el derecho, aunque curiosamente ninguna de esas elaboraciones llegan a considerar al feto una persona para los efectos penales. Incluso, en la mayoría de los casos, la extensión subjetiva al feto, que llega en el llamado "sistema de Luisiana" (aplicado ahora en Canadá, Australia y otros sistemas norteamericanos) hasta los embriones que se han de utilizar para procedimientos de fertilización artificial, es acorde con regímenes penales bastante permisivos en la materia. Simplemente esta idea de subjetividad de formas

latentes de vida se produce en el contexto de crisis jurídica de los sujetos. La subjetividad ya no es el instrumento jurídico absoluto y omnisciente que fue en el liberalismo: es una elaboración jurídica más, con unos fines específicos.

En ese contexto debemos analizar las declaraciones sobre protección de la vida desde la concepción incluidas en diversos instrumentos internacionales entre ellos la más reciente Convención sobre los derechos del niño, que extiende en el preámbulo el concepto de niño, para fines de protección "tanto antes como después del nacimiento".

Un creciente número de las constituciones políticas del mundo actual, siguiendo las declaraciones internacionales, efectivamente, incorporan declaraciones sobre la protección de la vida desde la concepción. Sin embargo, las decisiones ocurridas como consecuencia de controversias judiciales no son tan unánimes. El derecho a la vida desde la concepción no se interpreta como que, en todos los casos y para todos los efectos, el feto tiene una existencia individual independiente de la madre. Penalmente, por ejemplo, el nasciturus no parece ser un

sujeto independiente de la madre en ningún sistema jurídico, ni siquiera aún en aquellos que mantienen una represión general e inflexible al aborto. En estos últimos, el aborto es penado autónomamente, o mediante (o en concurso) con las lesiones físicas a la madre.

Las cortes norteamericanas y canadienses son las que más han tenido que decidir sobre esta materia. La tendencia es a declarar que, para los fines de derechos civiles o políticos que se puedan reclamar en su favor, o incluso para propósitos de responsabilidad penal o civil extra contractual, el feto no se puede considerar un sujeto de derechos. Las decisiones más relevantes, en los Estados Unidos se produjeron en los casos de *Estate of Baby Efoy* contra *Morningstar Resort Inc.*, fallado el 26 de mayo de 1986 en el estado de Islas Vírgenes y el del Estado de Minesota contra *Soto* del 6 de diciembre de 1985³. En este último caso se procesaba al acusado por la muerte de un feto de ocho meses. Un caso similar, ocurrido en Ontario, Canadá (*Seede* contra *Campco*) tuvo una idéntica decisión: el derecho a la vida protegido por la Constitución no se concreta subjetivamente sino hasta el nacimiento de la criatura.

Sentencia de penalidad del aborto

En nuestro país, en sentencia 17 de marzo del año pasado, la Corte Constitucional, con ponencia del doctor Antonio Barrera Carbonel, declaró la exequibilidad del Art. 343 del Código Penal que castiga el aborto. La decisión como tal no es mayormente importante; de hecho, a primera vista parece muy razonable la facultad legal para castigar el aborto y quizás si la simbología del castigo fuera suficiente elemento disuasor de la conducta, pocos enemigos tendría.

La decisión está, sin embargo, impregnada de algunas elaboraciones extrajurídicas en las que la mayoría de la Corte (la sentencia tuvo un salvamento de voto al que también nos referiremos), muy en contra de su declarada imparcialidad, tiene que tomar partido. El

resultado es que, en las consideraciones que la llevaron a declarar la legitimidad de la punición penal del aborto, la Corte va más lejos: El simplemente concebido es también un sujeto de derechos.

En efecto, el fallo, después de transcribir un concepto (indudablemente extrajurídico) del profesor Jérôme Lejeune, profesor de genética fundamental en la Universidad René Descartes y miembro del Instituto de Progénesis de París, que concluye que "el nuevo ser empieza a expresarse a sí mismo tan pronto como ha sido concebido"⁴, declara que "para garantizar la imparcialidad en el juicio inherente a la función jurisdiccional, hace abstracción de todo elemento o patrón de interpretación que no sea el estrictamente jurídico"⁵.

Esta obvia contradicción del sector mayoritario de la Corte resulta de una comprensión del derecho de raigambre positivista: las normas, según esta influyente escuela, son dictadas por el órgano legislativo o excepcionalmente por el ejecutivo y los jueces únicamente las interpretan y declaran sin serles dado infundirles algún contenido. Esta escuela desconoce la creación de sentido que tiene el uso del lenguaje, que muestra al Derecho, en todos los niveles, según hemos visto atrás, como una verdadera construcción de la cultura social. El caso es que, muy a su pesar, el juez, en el caso que estudiamos, tiene que participar de la controversia simbólica (aunque mediada con elaboraciones técnicas y científicas) sobre la existencia física del feto desde su concepción.

De cualquier forma el debate a que da lugar el fallo y a que responde el salvamento de voto del mismo, es un debate sobre un derecho centrado en el sujeto individual, un debate puesto en orden en un contexto jurídico clásicamente liberal individualista, un "derecho-de-sujetos". El salvamento de voto a la sentencia que comentamos, acepta, en efecto, el reto de dilucidar el asunto en la existencia de la personalidad jurídica del no nacido y por tanto sus consideraciones esenciales se dirigen en esa vía: la vida es protegible desde el momento de la

3. Cfr. ANNUAL REVIEW OF POPULATION LAW. FNUAP 1986.

4. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA 1994. p. 746.

5. Ibídem, p. 74 8.

concepción; pero los derechos fundamentales que la ley y los pactos internacionales confieren a las personas se radican únicamente en sujetos desde el nacimiento. De hecho, el sector minoritario de la Corte estima que "si bien no puede negarse que el nasciturus sea organismo viviente individual, y que es humano en el sentido de pertenecer a la especie animal homo sapiens, de ello no se sigue que el feto tenga derechos e intereses del tipo que el Estado esté en el deber de proteger respecto de las personas"⁶.

Aunque el salvamento de voto aporta algunos elementos de juicio nuevos en la visión "egocentrista" del derecho, esta visión permanece en su esencia como el punto central del debate jurídico.

El aborto en el nuevo Derecho de Población

El Derecho de Población tuvo su acta de nacimiento en la Primera Conferencia de Población, celebrada en Bucarest hace veinte años. Como una muestra de su creciente importancia, la Universidad de Harvard y el Instituto de Derecho Comparado de Lausana, Suiza, trabajan desde entonces en la más consistente elaboración del derecho comparado actual⁷.

Esta nueva materia jurídica nace para dar cuerpo -lo había intuido Foucault- a un nuevo derecho que corresponde a la formalización de "... los nuevos procedimientos de poder que funcionan no ya por el derecho sino por la técnica, no por la ley sino por la normalización, no por el castigo sino por el control y que se ejercen en niveles y formas que rebasan el Estado y sus aparatos"⁸. Estos nuevos instrumentos, preparados por una sobreimpuesta rarefacción en la sexualidad, tienen en las políticas de población, jurídicamente promovidas, un tema en el que

"a través de la economía política de la población se forma toda una red de observaciones sobre el sexo. Nace el análisis de los medios tradicionales -exhortaciones morales y religiosas, medidas fiscales- tratan de convertir el comportamiento sexual de las parejas en una conducta económica y política concertada"⁹.

El Derecho de Población está en el límite entre las formas de sexualidad tradicionales del Derecho de Familia y esa nueva juridicidad de las políticas de población que tienen fuentes más funcionales, supraestatales y a la vez masivas.

El aborto ha llegado a ser uno de los temas álgidos en ese nuevo derecho, como lo denuncia el centrado interés en la Tercera Conferencia de Población y Desarrollo (llevada a cabo en El Cairo en septiembre del presente año), una de las más importantes cumbres mundiales. Está inscrito, con sus desarrollos conflictivos, en ese punto colindante entre la libertad individual y las bases sociales del uso de técnicas de población (control y promoción natales).

En síntesis, tres diversas ópticas tiene el tratamiento jurídico del aborto, que revelan su desarrollo de formas jurídicas tradicionales, basadas en los sujetos, hacia nuevas concepciones acordes con procesos de masificación y ultrajuridicación:

a) El aborto en los derechos subjetivos. Desde el punto de vista de los derechos individuales, confluyen en el aborto dos derechos enfrentados, ambos promovidos por instrumentos internacionales y las constituciones nacionales: uno, el derecho a la vida desde la concepción; otro, el derecho reproductivo de las mujeres, esto es, el derecho a optar en cada caso por la concepción o la terminación del embarazo. A lado y lado de la contienda, con argumentos indisociables de los jurídicos, militan posiciones religiosas y éticas, elaboraciones médicas y genéticas y discursos de igualdad de géneros¹⁰ y responsabilidad parental.

6. *Ibidem*, p. 750.

7. Se trata del ANNUAL REVIEW OF POPULATION LAW elaborado y publicado bajo los auspicios del FNUP (Fondo de las Naciones Unidas para la Población).

8. FOUCAULT, Michel. La historia de la sexualidad. I. La voluntad de saber. Ed. Siglo XXI, 1985. p. 109.

9. *Ibidem*, p. 37.

10. Vid. Sobre una visión feminista de los derechos de no nacidos a DIDUCK en Legislando ideologías de la maternidad en este número.

b) El aborto en la salud pública. Otra representación social, ética y jurídica del aborto, lo convierte, especialmente en aquellos sistemas en que alcanza niveles patológicos, en un problema de salud pública, un fenómeno social a atacar con las herramientas ético jurídicas y médicas del control epidémico, similares a las usadas en el control del VIH y el SIDA: tolerancia (no discriminación), confidencialidad, información, persuasión, en lugar de intolerancia y represión.

La salud pública en relación con las prácticas de sexualidad y fertilidad, toma la forma de salud reproductiva, que es, en cuanto al aborto se refiere, especialmente importante en las mujeres. El acceso a los servicios de salud debe estar garantizado para las mujeres abortantes en todos los sistemas políticos, según declara la Conferencia en Población y Desarrollo de las Naciones Unidas: "En las circunstancias en que el aborto no sea contra la ley, el mismo debe ser seguro. En todos los casos las mujeres deben tener acceso a servicios calificados para el manejo de las complicaciones surgidas del aborto"¹¹.

c) El aborto en las políticas de población. Finalmente, a pesar de la explícita declaración de la Conferencia de Población y Desarrollo de El Cairo en el sentido que "al aborto no será promovido como un método de planificación familiar"¹², desde el punto de vista de las políticas de población, hay sistemas prioritariamente interesados en reducir los índices de natalidad. El aborto tiende a ser ahí, en forma abierta o clandestina, un método de control natal. Otros, en cambio, deben promover, incluso mediante la extensión de las técnicas de natalidad, un incremento sustancial de los nacimientos. La reducción del aborto, que afecta el crecimiento natal, tiene razones más de promoción de la fecundidad que de derecho a la vida y por tanto se canaliza más a través de incentivos fiscales a la procreación: extensión de las licencias de procreación, como licencias parentales, a ambos compa-

ñeros; extensión del término de las mismas; concesión de beneficios tributarios o prioridades en participación de programas de vivienda, salud o recreación¹³.

El criterio del gobierno

La presentación de la ponencia de Colombia a la Tercera Conferencia del pasado mes de septiembre, sobre Población y Desarrollo en El Cairo, nada menos en la persona del Vicepresidente de la República, tal como fue reseñada en los noticieros de televisión y en los diarios, pocos buenos augurios muestra en cuanto a profundización gubernamental en este tema cada vez más significativo en el mundo. Por el contrario, participa con igual ingenuidad y superficialidad del "diálogo de sordos" que ha sido el debate sobre el tema en nuestro medio. Poco dice en realidad sobre el problema social que plantea el aborto y a fuerza de repicar sobre los consabidos lugares comunes termina por no decir nada en absoluto sobre políticas de natalidad. Ojalá esa apariencia inicial sea sólo el resultado de la velocidad que imponen las noticias de prensa. No se puede, sin embargo, pasar por alto algunas ideas esbozadas en la presentación y que delatan un desenfoque del problema.

Insiste el gobierno en el mantenimiento de la penalización general del aborto, en la afirmación de este como un aspecto de soberanía interna del país y la promoción, en respuesta a la generalización de las prácticas abortivas, que acepta, fórmulas de control natal en las que participen también los varones, eufemísticamente prácticas de esterilización masculina -vasectomía- y, en el mejor de los casos, una mayor educación sexual.

Respondemos brevemente a esos planteamientos:

¿Cuál penalización?

La simple realidad es: en Colombia el aborto no es penalizado. Me acusarán de ignorancia los colegas

11. Cit. por UNFPA. Press Summary of Key Actions Recommendations from de International Conference on population and Development. El Cairo, 1994. p. 8.

12. *Ibidem*.

13. Vid. ARAMBURO. Derecho, sexualidad y vida. Universidad Nacional 1991.

abogados pues, dirán, el artículo 343 del Código Penal prevé una sanción de uno a tres años a la mujer que se cause su aborto y al médico, enfermera o partera que realice el mismo hecho. No lo ignoro, pero ello no significa que los autores de esa conducta típica sean penados realmente. Y no lo son por simples razones: los autores de cerca de cuatrocientos cincuenta mil abortos al año (cifra en que se calcula muy tentativamente el número de abortos anualmente practicados en Colombia) –las mujeres y los médicos, enfermeras y demás participantes de cada uno de esos hechos– no caben en nuestras cárceles; nuestra justicia –proclive por lo demás a la impunidad en cosas más importantes como los derechos humanos– no puede investigar esos cuatrocientos cincuenta mil casos y cuando, en un arranque de celo, se hace alguna redada por una de tantas “clínicas” que son difícilmente clandestinas y se detiene a dos o tres mujeres que, casi siempre apremiadas por su situación, han optado por ese doloroso método, o a dependientes de segundo rango de esos establecimientos, no se hace otra cosa que cometer una gran injusticia: el derecho debe aplicarse por igual a todos y por un fenómeno socialmente generalizado no pueden pagar tres o cuatro personas. Por ello, porque las posibilidades de castigo de una conducta generalizada son mínimas, el mantenimiento de la disposición penal no tiene siquiera alguna virtud disuasora.

La norma del artículo 343 del Código Penal que tanto se exhibe no es sino otra muestra de una excesiva promoción del fetichismo normativo (no confundir con el ya mencionado simbolismo jurídico), el mismo que nos hace desentendernos de nuestros gruesos problemas con el convencimiento de que con meterlos en el Código Pe-

“Insiste el gobierno en el mantenimiento de la penalización general del aborto, en la afirmación de este como un aspecto de soberanía interna del país y la promoción, en respuesta a la generalización de las prácticas abortivas, que acepta, fórmulas de control natal en las que participen también los varones...”

nal los hemos resuelto. Querámoslo que no el aborto es parte de los métodos antinatales de una parte importante de nuestra población (cuatrocientos cincuenta mil casos, si no más, no son despreciables). Es otra cosa el “deber ser” que se puede expresar con una pretensión ética a la que el Estado puede sumar algunos instrumentos jurídicos que, para que cumplan su finalidad, deben ser más realistas que pretensiosos.

El aborto es una endemia social. Corresponde a una causalidad de diversas patologías que van desde la comercialización de la sexualidad (en diversas instancias y presentaciones) hasta la mercantilización de la salud y la medicina. Es siempre un riesgo y una elección dolorosa para la mujer que afecta su salud física y mental, pero está preparada

también por formas extremas de feminismo que promueven una competencia sin tregua de la mujer por el control de la sociedad y que por ello convierten el embarazo en una carga insostenible. Es, por otra parte, la consecuencia de una cultura de las dobles morales y los dobles sentidos: la negación de la antinatalidad y la sobrevaloración de la “responsabilidad” parental; la represión de la sexualidad por la moralidad y su promoción indefinida por la propaganda y la cultura masivas; el menosprecio del amor en la valoración de la vida y la promoción comercial del sentimentalismo y la ramplonería.

La inclusión del aborto en el Código Penal significa indolencia estatal.

El combate del Estado colombiano contra el aborto se reduce, pues, a la ostentosa letra muerta de un artículo del Código Penal. Casi forzosamente es así, cuando la

penalización es general ¿Cómo el Estado puede desarrollar una política coherente contra el aborto si por su propia elección cierra los ojos ante el fenómeno? ¿Cómo puede pretender, por ejemplo, llevar una estadística realista de los casos de aborto y estudiar sus causas para combatirlo si está formalmente prohibido? ¿Cómo puede prestarle asesoría a las mujeres que quieren abortar y eventualmente disuadirlas de la práctica del aborto cuando esa práctica es “antijurídica”? ¿Cómo puede el Estado garantizar al menos que los cuatrocientos cincuenta mil o más abortos anuales que no puede evitar se realicen en mínimas condiciones de salubridad, cuando se niega a admitir la existencia de los mismos? ¿Cómo podrá una mujer demandar responsabilidad patrimonial por una mala práctica de un aborto cuando cualquier negocio en la materia está viciado por un objeto ilícito?

La respuesta del gobierno, que al parecer con ironía es reseñada por la noticia periodística como “novedosa”, es concordante con nuestra pobreza conceptual sobre el tema: educación en métodos de control natal. Admitamos que como consecuencia de un proceso educativo se llegue a una reducción sustancial en los abortos, ¿en cuánto tiempo estaríamos viendo efectos: en cinco, siete, diez años? ¿Y mientras tanto, qué pasará con los mil quinientos abortos riesgosos que cada día se practican en nuestro medio? Este planteamiento del gobierno, claro, tiene la virtud de ser inane, porque al fin y al cabo la educación para la libertad, como tiene que ser necesariamente la educación sexual, se justifica a sí misma, aunque tiene sus riesgos si lo que se quiere es “normalizar” y por tanto no soluciona las “anormalidades”.

¿Quien se opone a la penalización indiscriminada del aborto está en su favor?

Definitivamente no. El aborto crece medrando en la ilegalidad que, como ocurre en el narcotráfico, favorece el lucro y la inseguridad. Pedir un estudio serio del problema es, primero que todo, decirnos a nosotros mismos que la inclusión del aborto en el Código Penal, sin discriminación ni modalidades, no es la solución. No lo es, al menos, si lo que se quiere es combatir el mal social.

Incluso la misma penalización para ser efectiva tiene que ser selectiva. Si no se pueden castigar mil quinientos

abortos diarios, se deben escoger –en un paso intermedio hacia la depenalización– aquellos que revistan especial peligrosidad, por la edad del feto, por el ánimo lucrativo de quien lo practica, por la ausencia de eximentes.

Cierto que es respetable el criterio ético de la Iglesia Católica sobre el aborto y por lo menos más coherente que el expresado por el gobierno al respecto. Finalmente, la Iglesia se opone a considerar el aborto como un método de control natal porque se opone a todo método de control natal (salvo que la abstinencia sexual, la permanente o la practicada en esos “peligrosos días”, sea considerada un método de control natal). Pero digámoslo claramente: ese criterio es válido en cuanto sea un criterio moral, esto es, que llame a que los católicos se abstengan de prácticas abortivas únicamente porque ellas quebrantan su conciencia religiosa. Pero no tiene autoridad la Iglesia, en cuanto tal, para promover la juridización absoluta del aborto; juridización que será la justicia terrenal la que se encargue de realizar o –como en nuestro caso– frustrar.

Seguramente si la Iglesia asume en términos simplemente formativos su papel frente al aborto, la pastoral puede coadyuvar a las políticas oficiales en el control de la peligrosa generalización del aborto. Esta sanción moral se pierde cuando la Iglesia insiste en la sanción penal porque dicha insistencia contiene una tácita confesión de la debilidad de la coerción de la conciencia religiosa y del propio poder ético cultural de la Iglesia para imponerla.

Circunstancias modificadorias del aborto

En algo tiene absoluta razón el salvamento de voto a la sentencia reseñada atrás: la concepción absolutista de los derechos puede dar lugar –y efectivamente da lugar en el caso del aborto– a un desenfoque de dichos derechos que es la condición previa más generalizada de su desatención. “La protección del no nacido, conforme a los diferentes períodos de su desarrollo y a su peso relativo en comparación con los derechos de las personas involucradas, en particular de la mujer embarazada –solución gradualista y de plazos– permite superar una decisión del tipo ‘todo o nada’, que desconoce los

derechos fundamentales"¹⁴, dice dicho salvamento. Una posición semejante a la absoluta indiferencia es la absoluta prohibición. Ambas se niegan a ver los matices claros oscuros del fenómeno social del aborto, sus nocivas consecuencias sociales y, entre ellas la más grave, su inaudita comercialización. Una juridicidad transaccional a la penalización del aborto (intermedia entre la juridización y la elevación del control del aborto a un estatuto ético socialmente promovido), debería considerar entonces varios aspectos.

De tiempo atrás se discutió entre partidarios de dos sistemas intermediarios entre la penalización y la libertad absoluta¹⁵ y la penalización ilimitada¹⁶: uno el "sistema de los plazos", que tiende a depenalizar el aborto en los primeros días de concebido el feto y otro, el "sistema de las indicaciones", que permite el aborto en presencia de unas causales muy precisas que deben ser previamente calificadas por entidades administrativas para que el aborto pueda ser llevado a cabo¹⁷. Hoy en día los distintos sistemas jurídicos de penalización limitada, combinan ambos sistemas y adicionan otras regulaciones jurídico administrativas, que podrían servir de amplio modelo en el caso colombiano, sobre la base de un cambio inaplazable de criterio legislativo en esta materia.

a) Los plazos. Este sistema promueve legalmente el criterio de liberar el aborto en los primeros días de la concepción. Las elaboraciones simbólicas (como "El grito silencioso" atrás reseñado) que promueven la penalización general del aborto en la identidad del feto, nos convencen precisamente de lo contrario: no es lo mismo extirpar del vientre materno un feto recién concebido, que una criatura

físicamente formada. En el último caso, la operación implica toda una difícil degradación de la naturaleza con serios riesgos físicos y emocionales para la madre; en el primero significa una opción ética en la que la madre seguramente ha opuesto a la vida de la criatura que está en sí otros valores. La tradición filosófica helénica por eso justifica el aborto en los primeros meses de la concepción¹⁸.

El salvamento de voto a que nos hemos venido refiriendo, propone un sistema de aborto voluntario hasta las nueve semanas. Sin embargo, el término más frecuentemente considerado parece ser las doce semanas o los tres meses, que, además de corresponder al momento en que el feto empieza a tener actividad cerebral¹⁹, parece ser el término máximo en que procedimientos relativamente sencillos (en "un solo tiempo") pueden ser realizados sin que los riesgos para la madre sean considerables²⁰. Por eso la mayoría de las legislaciones que sostienen criterios tolerantes ante el aborto (la mayoría de las legislaciones actuales) admiten el aborto o simplemente voluntario o con algunas indicaciones hasta esa término²¹.

Sin embargo, ambos sistemas parecen conciliarse en las más recientes legislaciones sobre la materia. Se complementan además con regulaciones sobre la expresión del consentimiento por la mujer y algunas instancias de ilustración, consejo y apoyo psicológico.

b) Las indicaciones. Existen abortos que se sustentan

18. Cfr. ARISTOTELES. Citado por VARGA A. Bioética. Edic. Paulinas 1990 p. 65 justifica el aborto antes del "movimiento" del feto.

19. Cfr. CORDOBA ANGULO, Miguel. En et. al. De los delitos sexuales y del aborto. Bogotá, 1994 p. 280.: La actividad cerebral del feto parece originarse a los tres meses: antes de eso hay una señal plana en el electroencefalograma.

20. Cfr. BASILE. Cit. 1990. pp. 170 y ss.

21. Cfr. ARAMBURU J. L. cit. Francia (Ley 15 del 17 de enero/75) España (L. 9 del 5 de junio/85), Portugal (Art. 140 de la L.6a/84), Checoslovaquia (Ley de Aborto del 20 de oct./86); Grecia (1 de la L. 1609); Hungría, Cfr. SGAMBATTI, cit. Austria Arts. 96, 97 y 98 del Código Penal. Italia (Ley 194 de 22 de mayo/78) Alemania (Art. 218 St GB.) Estados Unidos: La sentencia del 22 de febrero/72 declaró toda legislación que prohíba el aborto dentro de los tres primeros meses por violar el derecho a la "privacy" o autonomía individual.

14. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA. Cit. p. 754.

15. Cfr. BARBERO SANTOS. El aborto en Europa Occidental, Revista del Colegio de Abogados del Valle 1981 pp. 81 y ss. Al parecer sólo opera en Holanda, los países nórdicos y China.

16. Cfr. SGAMBATTI, Sonia. El aborto. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1992. pp. 90 y ss. La penalización completa rige sólo en los países latinoamericanos (excepción de Cuba) y en Portugal.

17. Cfr. HUERTA TOCILDO, Susana. Criterios para la reforma del delito de aborto. Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1983. pp. 15 y ss.: el criminalista Claus ROXIN fue el impulsor en Alemania de la implementación de este sistema.

en motivos terapéuticos (riesgos de salud para la madre) o eugenésicos (enfermedades congénitas en el feto), en razones insalvables morales o sociales (embarazos por violación o raptos, problemas mentales, económicos, psíquicos, físicos), que se justifican aún cuando el feto se encuentre suficientemente formado. Muchas legislaciones permiten que estos abortos se practiquen con márgenes de tiempo más tolerantes, puesto que, por una parte, las enfermedades congénitas no pueden ser detectadas sino mediante examen del líquido amniótico que se forma apenas tres meses después de la concepción y, por otra, los problemas físicos o psíquicos a que el embarazo da lugar se pueden manifestar apenas tiempo después.

c) Libre y espontáneo consentimiento de la abortante y, eventualmente de su cónyuge, titulares de la patria potestad o autorización judicial *in loco parentis*.

Parece obvio el consentimiento de la mujer que se someta a la operación, que es en la casi generalidad de los casos quien solicita el procedimiento; en muchos casos, sin embargo, las circunstancias en que se practica el aborto parecen dar a entender que ese consentimiento no es producto de una elección libre, únicamente presumible previa ilustración de la mujer de las implicaciones físicas y emocionales de la intervención.

d) Ciertos trámites previos. La permisión del aborto supone la asunción por la sociedad de ese fenómeno. Debe haber organismos sociales que conozcan del deseo de las mujeres de suspender su embarazo, de las razones que fundamentan ese deseo, para conocer más a fondo el fenómeno y además para insertar entre la decisión de la mujer y la práctica del aborto una instancia de disuasión de la mujer, de explicación de los riesgos del aborto y de promoción ética de la natalidad y la vida en general.

e) Intervención sanitaria, económica y publicitaria. Los lugares en que se practique el aborto deben estar intervenidos en su sanidad. Por todos los medios se debe evitar la comercialización de los abortos, que se extiende gracias a la ilegalidad y la clandestinidad.

Parece ser claro que la exigencia de la espontaneidad del consentimiento descarta la indiferencia social hacia

las propagandas que promueven, así sea eufemísticamente, el aborto, como una sencilla e intrascendente solución a "esos incómodos retardos menstruales".

f) Responsabilidad a posteriori. Una reglamentación selectiva del aborto debe incorporar los principios de responsabilidad civil extra contractual para sancionar prácticas abortivas lesivas o peligrosas. Precisamente la gran mayoría de los abortos clandestinos se practican sin el lleno de mínimas condiciones de salubridad por la irresponsabilidad implícita en la contingencia de la clandestinidad.

¿Cómo se podría controlar el aborto?

El control del aborto, mediante la asunción del problema social que él crea, tiene que ser el resultado de una estrategia global que comprenda medidas en diversos sentidos. Una nueva cultura de la sexualidad amiga de la ética del amor y de la vida; una mayor información y disponibilidad de métodos fungibles (no irreversibles) de control natal; una equiparación de la mujer en derechos reproductivos más que en la competencia por la explotación laboral y una generalización de los principios de la ética médica. Todo junto, coadyuvado con un régimen más permisivo y comprensivo del aborto, ayudaría sin duda a reducir cuantitativamente el problema social, pero, más que ello, a amortiguar sus incidencias socialmente nocivas.

Grave sí es plantear con ligereza sucedáneos al aborto, adobados en discurso "antimachista", que signifiquen una masificación de métodos irreversibles de control natal, que ya se promueven en la televisión, como la vasectomía, y que son hoy en día materia de profundas desconfianzas, vertidas en reglamentaciones bastante rigurosas, por todos los países primermundistas. ¿Mejor el remedio o la enfermedad? El aborto es una elección ética difícil y dolorosa pero al fin y al cabo individual. La esterilización cuando recae en sectores amplios de la población es una mutilación colectiva que equivale (aunque parezca una exageración no lo es) a un verdadero genocidio. El respeto a la vida no es, bajo una ética de la sociedad justa, un problema cuantitativo, tal como cuántos

sujetos permanecen formalmente atados a la vida. Es, por el contrario, un problema cualitativo: quiénes tienen un verdadera vida, entendida por tal el digno ejercicio de las facultades individuales dentro de una sociedad solidaria, tolerante y plural.

Interdependencia de la bioética

Insiste el gobierno, en su ponencia llevada a El Cairo, en el respeto por su política interna en relación con el aborto. Desde luego un foro como el que llevó a cabo en Egipto no tiene competencia para imponerle a algún Estado una norma y menos para derogar la legislación interna de los Estados (incluso sus decisiones pueden ser criticables a nivel global). Pero mucho cuidado: entre ir a un encuentro de ese tipo, que supone el intercambio comunicativo sobre un tema de interés universal, aferrándonos a nuestro derecho interno, y no ir, es mejor esto último. Si lo que queremos es dictar nuestras normas sin atenernos a las discusiones más avanzadas en el mundo, hagámoslo. Lo mejor en tal caso sería reconocer que nuestro criterio (suponiendo que fuera muy profundo) es impermeable y con esa suprema consideración deberíamos negarnos a ir a esos encuentros. Esta especie de tics jurídicos, como lo es la soberanía interna, en foros internacionales, al contrario de lo que pretenden, delatan generalmente la poca confianza en la fuerza de los planteamientos nacionales. Otra cosa es defender los criterios internos por la fuerza argumentativa que ellos tienen y no por el valor absoluto de ser "legislación interna".

Los países del mundo son cada vez más interdependientes. La población como la ecología o la

“La interdependencia del fenómeno del aborto, como muchos otros de bioética (el control natal, la manipulación genética, las técnicas de fertilidad y procreación), refleja también la exteriorización de las insuficiencias del positivismo al concebir al derecho como exclusivamente estatal, nacional y aislado de elementos políticos y morales”

globalización son temas de gran actualidad porque trascienden el discurso de la “soberanía nacional” que nos pretendía hacer creer que un país toma todas sus decisiones autónomamente. Especialmente en estos temas es muy poco lo que el “respeto a las decisiones internas” de un país puede ayudar a la solución de un problema que adquiere dimensiones universales.

Conclusión

El aborto es un fenómeno social en relación con el cual el derecho se expresa en diversas formas, que ilustran excepcionalmente la evolución de un derecho centrado en sujetos a un derecho que se expresa mejor por preocupaciones de salud reproductiva y de población. Los sujetos no emergen por su propia voz, en

este nuevo derecho, como lo han hecho en el derecho tradicional, para expresar su condición igualitaria, sino al contrario, son creados externamente para justificar estatutos protectores.

La penalización del aborto ilustra también la decadencia de la opción represiva frente a hechos sociales masivos. Expresa la inutilidad de la penalidad sobre hechos socialmente extendidos e imposibilita la “legitimidad por la vía de legalidad” (Habermas) del derecho penal: una norma penal que no se puede aplicar a todos los infractores no realiza la “imparcialidad” del régimen jurídico, sino que lo hace aleatoriamente selectivo (esta es una óptica que puede ser aplicada a la penalización del consumo de drogas).

En lugar de la penalización, la socialización del problema parece ser una opción más actual y justa, donde

la penalización limitada parece ser la escala inevitable hacia la permisón: deben preverse límites de penalización del sistema de plazos (un aborto relativamente libre hasta una determinada edad del feto) y de las indicaciones (autorizaciones a los abortos motivados en causas terapéuticas, genéticas, sociales o morales, entre otras, aún en plazos superiores), junto con otras estrategias hacia la ilustración, la educación de las mujeres y el estudio social del fenómeno.

La interdependencia del fenómeno del aborto, como muchos otros de bioética (el control natal, la manipulación genética, las técnicas de fertilidad y procreación), refleja también la exteriorización de las insuficiencias del positivismo al concebir al derecho como exclusivamente estatal, nacional y aislado de elementos políticos y morales. El derecho aquí aparece manifiestamente como un elemento de interrelación internacional y como intermediario entre la política y la ética, tomando elementos de una y otra forma social.

Referencias Bibliográficas

- ACKERMAN, Bruce. Del realismo al constructivismo jurídico. Ariel 1990.
- ALEXI, Robert. El concepto y la validez del derecho, Gedisa, 1994.
- ARAMBURO. Derecho, sexualidad y vida. Universidad Nacional, 1991.
- BARBERO, SANTOS. El aborto en Europa Occidental, Revista del Colegio de Abogados del Valle 1981.
- BASILE, Alejandro. et al. El aborto. Implicaciones jurídicas u médico legales. Ed. Universidad. Buenos Aires 1990.
- CALVO GONZALEZ, José Comunidad jurídica y experiencia interpretativa. Ariel 1992.
- CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. Salvamento de voto. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA Legis, junio de 1994.
- CORDOBA ANGULO, Miguel en et al. De los delitos sexuales y del aborto. Bogotá, 1994
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena o BARRERA CARBONELL, Antonio Sentencia C-133 JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA Legis, junio de 1994.
- DIDUCK, Alison Legislating ideologies op Motherhood. Social and Legal Studies 1993.
- FNUAP. ANNUAL REVIEW OF POPULATION LAW. Tomos 12, 13 y 14.
- FOUCAULT, Michel La historia de la sexualidad. 1. La voluntad de saber. Ed. Siglo XXI, 1985.
- GARCIA VILLEGAS, Mauricio Eficacia simbólica del derecho, Ediciones Uniandes, 1993.
- HUERTA TOCILDO, Susana. Criterios para la reforma del delito de aborto. Universidad Autónoma de Barcelona, Bellasterra, 1983.
- SGAMBATTI, Sonia El aborto. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1992.
- UNFPA. Press Summary of Key Actions Recommendations from of International Conference on population and Development. El Cairo, 1994.
- VARGA A. Bioética. Edic. Paulinas 1990.