

OPINIÓN

El aborto a demanda como problema estructural

Partiendo, como afirma Lon Fuller, del principio de moralidad intrínseca del derecho como condición diferencial de legitimidad a satisfacer respecto de otras estructuras normativas e institucionales, la principal distinción entre sanción penal y civil es, según Herbert Hart, su estigmatización, incluso ante la condena en suspenso. Y ello es porque expresa la condena moral de la sociedad hacia la conducta del acusado más su temor, odio o desprecio hacia el convicto. Aquí, la tradicional justicia retributiva, cuyo propósito penal es imponer un castigo proporcional a la culpabilidad del delincuente, representa una ética no utilitarista, considerando el castigo como su propio fin, tenga o no efecto sobre las acciones futuras del propio delincuente u otros.

Pero, **desde la ética utilitarista, el castigo se justifica por la disuasión, desanimando al mismo delincuente u otros, de futuros actos ilícitos, fortaleciendo los estándares conductivos mediante la función moralizante, preventiva y educativa del castigo**, donde criminólogos como Packer, Zimring y Hawkins consideran también la educación y las restricciones físicas a la libertad como acciones dirigidas a cambiar las causas psicológicas o físicas subyacentes de la conducta delictiva. A diferencia del no utilitarismo, aquí la medida en que las sanciones penales logran estos propósitos es un factor relevante para el castigo de un determinado comportamiento. Pero sea por una u otra ética, el problema hoy se agrava adicionándole la constante dilución de la culpa "moral" presionando para la retracción de la ley penal.

Aquí tenemos dos tesis morales sociales relacionadas con el derecho. Una, la desintegración, proponiendo una moralidad compartida como cohesión social y su aplicación para prevenirla del debilitamiento o colapso. La ley, entonces, debería resguardar las instituciones políticas y morales de la sociedad y la comunidad de ideas, necesarias para la convivencia protegiendo la moral compartida. Dos, la conservadora, proponiendo el derecho de la mayoría a seguir sus convicciones morales, sin que cada uno decida lo que es moral e inmoral, permaneciendo la sociedad neutral, dado que ocasionaría un daño a la moralidad pública, sino subordinando la moral privada a la pública. Luego, dado que la sociedad se fractura más frecuentemente endógena que exógenamente, la moralidad pública se impone por ley, pero respetando la máxima libertad individual compatible con la integridad de la sociedad sin subvertir su orden.

Ahora, según Patrick Devlin, para establecer la moral pública, su estándar debería ser el del jurado típico, porque el juicio moral de la sociedad provendría de la unanimidad de un número de hombres o mujeres, representativos y elegidos al azar, luego de una discusión. No obstante, nuestra sociedad, creciente en disenso sobre sus principios morales fundamentales, no logra la unanimidad incluso para las más básicas decisiones sobre criminalización.

Así, llegamos al más originario concepto axiológico-conductivo, el precepto, donde mandar es actuar sobre una voluntad por ser una realidad independiente que ofrece la mayor resistencia, a diferencia de la materia. Dios preceptúa no lo útil para sí mismo, sino para quien él manda, como cumplir con la voluntad de quien obedece aun sin que este lo sepa. Su degeneración, la tiranía, es un poder que opera sobre la materia ofrecida a la violencia, porque no considera que hay alguien enfrente y que ninguna individualidad es afectada en su sustancia. El tirano no mira de frente aquello a lo que aplica su acción y, por eso, la tentación del asesinato como fin en la escalada del desprecio y la eliminación del otro como obstáculo, como problema.

Si reconstruimos desde esta subordinación de la voluntad al mandato, donde la respuesta a la pregunta axiológico-conductiva fundacional es "haremos y escucharemos" (Éxodo 24:7), la subjetividad se aferra incondicionalmente a lo absoluto, adhiriéndose primero a la autoridad, en inocencia pero no en ingenuidad, y conociendo luego su demanda, se discuten los términos y se aplican. Estructura replicada en el código de leyes judías que comienza con el volumen *Oraj Jaim* "Modo de Vida" y prosigue con el *Ioré Deá* "Enseñarás Conocimiento". Porque, **tal como Maimónides y también Pascal afirman, la inteligibilidad del mandato no comienza en la certeza axiológica, sino en la voluntad de cumplirlo.**

La corrupción de la fidelidad, de la fe, de la moral y luego de la ley surge cuando el examen precede a aquella adhesión axiológica, cuando se ha perdido dicha lucidez y se tantea haciéndola preceder de un saber ético de ensayo, formulando morales provisionales en las cuales se tienta y se deja tentar por todo. Esta inocencia sin ingenuidad es la integridad axiológica de los patriarcas Abraham, Itzjak y Iaacov, llamados *Eitanim*, 'los firmes', por su rectitud, conscientes del mal pero sagaces e industriales. Así, **cuando la discrepancia moral es generalizada y la ley se retrae, debe permanecer la institución del precepto preservado por quienes mantienen las exigencias de respeto, dignidad y libertad como último muro contra la crecida inhumanidad, la tiranía de la bestial cosificación y el desastre del compromiso político o militancia tras una ideología o un jefe.**

La firmeza en la obediencia a la Ley de Dios y no a la constituida por una voluntad ciega, fragmentaria y relativa, cuyos voceros son legisladores de sus propios intereses. Este es el sentido del Deuteronomio 29:13-14 cuando demanda la libertad no siguiendo el camino marcado por tendencias u orientaciones, sino el de la palabra de Dios, recibida, transmitida y estudiada por cada generación como si estuviera dada en este mismo día. La libertad, así, enmienda su significado retornando de la actual envilecida afirmación de prerrogativas al temor de cometer maldades. Traduciéndolo al lenguaje jurídico, que el libre ejercicio del derecho a ser, por quien puede actualizarlo, no se produzca por ley bajo la subordinación del otro e incluso obliterándolo en su extrema vulnerabilidad.

Solo de esta forma la ley se encuentra protegida de la decadencia subjetiva, se obtiene la posibilidad de ser libre y realizar un orden humano bajo un Estado justo, que radica fundamentalmente en la preocupación por un tercero. Porque un Estado que imposibilita o se desentiende de la interpersonalidad legislando la muerte arbitraria de un ser humano porque conflictúa a otro es uno totalitario. De la Biblia a Hobbes, **el Estado procede de la limitación de la violencia, necesaria en cierta medida para la justicia. Una violencia legítima, la penal. Ha de imponerse un mandato para ser libres, pero uno exterior, no una ley u orden racional ni imperativo categórico, ya que no habría defensa contra la tiranía de la persuasión, siempre también precedida por un motivo anterior a la razón.** El mandato es entonces la originaria institución impersonal como condición de libertad y como doctrina del poder para que el Estado no se asimile a la política. Y cuando las libertades, como fuerzas, se afirman negándose recíprocamente, se limitarán unas a otras, pero no una sobre otra. Porque en el precepto, el principio de individuación es por la indelegable responsabilidad respecto del otro, un compromiso más antiguo que toda deliberación constitutiva de lo humano. El "¿Acaso soy guardián de mi hermano?" como respuesta del asesino Kain ante la pregunta de Dios que sabe del clamor de la sangre de Hebel es procedido hasta el hartazgo por "quien derrame la sangre de un humano en un humano, su sangre será derramada", el "no asesinarás" y "no depondrás contra la vida de tu prójimo".

El autor es rabino y doctor en Filosofía.