**Se pueden salvar vidas con el Derecho penal?**

**Diez preguntas y respuestas a propósito de un libro de Hernández contra el aborto** [1]

**1.- Dr. Hernández, Ud. ha publicado recientemente un libro que se llama “Salvar vidas con el derecho penal”, pero ¿la incriminación del aborto ha servido alguna vez para salvar alguna vida?**

Que los lectores ojeen el libro y verán. Pero les anticipo que en él se corrige la versión ultradesfigurada que el Herodismo presenta del funcionamiento penal, e ignora las vidas que se salvan y los valores que alcanza, en el orden moral, la recta aplicación de las justas penas. Cuento algún caso concreto, como Uds., que lo han leído, ya conocen. En la primera parte, relato las secuencias prejudiciales, judiciales y postjudiciales de una denuncia por aborto que yo mismo presenté cuando me desempeñaba como Defensor Público Oficial ante el Juzgado Federal de San Nicolás y que fue exitosa: se salvaron varias vidas. El eslogan “Salvemos las dos vidas” se dio de algún modo en la realidad, con la de dos bebés. Y se salvaron dos “saludes”, si se permite la palabra, digo por la salud de dos madres. Pero que los lectores vayan al libro y verán …

Tengo miedo de que vuestra pregunta muy concreta y mi respuesta escueta nos hagan olvidar las circunstancias del debate. El Fiscal Federico Delgado (ése que no usa nuestro uniforme de abogados e impresiona como corajudo), ha dicho hace poco en TV que vivimos en una “especie de desierto moral en que las leyes se aplican como un arma”. El Herodismo, el Imperialismo demográfico y el negocio, aliados la llamada izquierda y la llamada derecha, han usado la letra de algunas normas jurídicas para avanzar pisoteándolas hacia la matanza de argentinitos.

En la tesis sobre el aborto de Monseñor Samuel Jofré Giraudo, Obispo de Villa María, y en la sección Herodianas de nuestro Diario de Filosofía del derecho, hay una especie de historia de ese “desierto moral” y de interpretaciones arbitrarias del derecho como derecho penal del enemigo. Y el enemigo en estos casos es el hombrecito más inocente.

**2.- Si casi no hay presos ni casi tampoco condenas por aborto, ¿no sería mejor suprimir este delito del Código Penal?**

Es curioso que el tema se presente solamente en las normas que tocan el bolsillo y la religión de narcotraficantes y aborteros… ¿Por qué no suprimen la mayoría de las normas del Código, que no se aplican? ¿Por qué cada día introducen más delitos-que-le-interesan-a la nueva religión feminista y de la ideología de género y que pretenden aplicar contra viento y marea?

Además, el objetivo del derecho penal no se limita sólo a la reducción comprobable del delito, pues ante todo la pena busca reparar el orden. Y nunca sabemos cuántas personas no cometen ciertos delitos, al saber que se amenaza el castigo porque lo temen, y esto refuerza la conciencia de lo que está mal. Ahí aparecen la función disuasoria del derecho penal y la función pedagógica del mismo. Pero el ambiente doctrinario penal hegemónico (o que hace más ruido o que tiene o tenía mayor poder político) cuestiona que haya mal y bien, cuestiona que ciertas conductas deban castigarse, cuestiona el ius puniendi o derecho de castigar del Estado... De ahí que en mi libro no dejo de aludir al Garantoabolicionismo, sin perjuicio de su doble vara cuando se encarniza en su manodurismo sin garantías contra algunos sectores, demostrando que no se puede prescindir del derecho penal. En el libro Uds. Han podido leer experiencias de salvar vidas con la presencia de normas que mandan penar, aunque éstas no lleguen a aplicarse.

**3.- ¿Tiene sentido la amenaza de pena de prisión? ¿No es la cárcel "escuela del delito" y entonces los presos egresan peor de cómo ingresan?**

El ciudadano argentino, y los legisladores, enfrentan mal estas preguntas porque los diálogos se entablan con las palabras y sentidos que ha impuesto aquel Movimiento. Nos detendremos sólo en la palabra “criminalizar”. Entonces no se pregunta si está bien o mal que la persona que es la principal cuidadora del bebito lo trucide sin chistar, y que si está mal esa persona merece su pena. Es decir que primero es el delito y la consecuencia es la pena.

Sino que se usa una artimaña lingüística para alterar las cosas, y cambiando las palabras, como decía Lejeune, cambiar las conductas. Veamos: es evidente que en la palabra “criminalizar” tenemos un núcleo que alude a algo disvalioso, “crimen”. Ahora bien, al verbalizarla (“criminalizar”) el acento negativo recae en el sujeto que criminaliza. Entonces, luego de un bombardeo mediático sensibilizador en torno a las palabras mujer, pobre, muerte, y sublimizado en el subconsciente social el aborto como ideal de la liberación femenina, la pregunta “¿hay que criminalizar a la madre que aborta?” constituye la trampa de pasar a segundo plano la falta que se comete y poner en primer plano la iniciativa del Estado malvado para reventar a la gente. El principal delincuente resulta ser el Estado. No parten del mal que es el homicidio, sino del mal que sería el Estado nefasto e ilegítimo.

El Movimiento Garantoabolicionista sostiene que las cárceles funcionan mal, pero para ellos, como el derecho penal que aplica penas va contra los “derechos humanos”, que inventan, y contra la Constitución nacional, que imaginan, el problema no es que la Unidad Penal 3 funcione mal, sino que haya Unidad Penal 3… Por mi pequeña e inexperta encuesta que menciono en Inseguridad y Garantismo abolicionista y antes en otro libro, El Garantismo abolicionista, pero mucho más seria que la que nunca hace el negativismo penal, ni está la cosa tan pésima como se la pinta aunque esté mal y, sobre todo, está detectada la solución: cuando hay trabajo, instrucción, deporte y religión está probado que la reiteración delictiva decrece notablemente.

**4.- ¿Por qué condenar a quien abortó si el niño ya está muerto? ¿Sirve de algo?**

Eso llegó a decir Bidart Campos, y le contesté en “Abortismo pretoriano”, y no contestó nada, que el derecho penal no busca que el homicidio que sucedió no haya sucedido; ni que la violación que sucedió no haya sucedido. Busca retribuir en justicia, recomponer, contener a las víctimas reconociendo su dignidad, prevenir, amenazar, aleccionar a delincuentes pasados y futuros o que al ver el sistema penal no lo serán nunca, como hemos visto y a educar a todos...

Yo viví en 1982 en Italia y perdimos un bebito que nació prematuro, por lo que mi mujer estuvo internada muchos días en el Ospedale Sant ´ Ana, (así se llamaba, precisamente) en el centro de Roma. Ahí venían chicas que veíamos todos los días y que abortaban una y otra vez, según nos contaban las enfermeras, muchas de estas últimas católicas objetoras de conciencia coherentes, como que incluso una de ellas bautizó a mi hijito, Juan Manuel, enterrado allá. Yo creo que, si a esas chicas se les formalizara un proceso penal, se las detuviera aunque no sea por mucho tiempo, y vieran que la cosa va en serio, ellas conectarían automáticamente lo que les dice la conciencia y le enseñaron sus padres (“matar a un inocente está mal”) con la voluntad de la comunidad política y, al principio por temor y luego por amor al bien, dejarían de abortar. Además, encontrarían la felicidad en los niños que parirían. Como Uds. Saben, en mi libro cuento alguna experiencia en ese sentido…

**5.- ¿Para Usted el aborto es malo para la mujer?**

Claro, ante todo porque hacer la injusticia es peor que sufrirla (punto de vista de la conciencia éticojurídica). Les cuento, como una experiencia que correlaciono con el famoso “síndrome post aborto”, que yo tenía un amigo gravemente enfermo y lo iba a visitar. Me costaba más visitar a él que a otros, obviamente, por la situación. Cuando murió, yo sentí, entonces un alivio. Pero entonces experimenté como un cargo de conciencia: ¿cómo es que me alivio cuando mi amigo murió? Y entonces ahora pienso: una mujer embarazada, que si hay algo seguro que sabe es que tiene un hijo en la panza, ¿cómo no va a sentir cargo de conciencia sabiendo que no lo tiene y que lo mató? (aspecto psicológico).

Escuchen a Amparo Medina, que era guerrillera y abortista, está en YouTube: lo primero que le preguntó su amiga a quien acompañó en el único aborto al que asistió en su vida fue, desencajada, pálida, sufriente: “¿dónde está mi hija?”. La notable ecuatoriana convertida en provida nos cuenta que la organización a que pertenece ha salvado 16.000 niños, y que nunca las mujeres que dieron a luz se arrepintieron de eso, exhibiéndoles sus crías con orgullo. En cambio, las mujeres a las que aconsejaron abortar nunca estuvieron felices; muy por el contrario.

**6.- Entonces, ¿por qué además de eso malo que ya sufrió la mujer, pretende que se la penalice? ¿No se la estaría revictimizando?**

Si cualquier pena es “hacer víctima a alguien” porque las penas son ilegítimas, toda aplicación de penas está mal. ¡Pero eso es abolicionismo! Ahora bien, si la homicida no comprendió bien lo que hacía, si hubo circunstancias que atemperaran o suprimieran la culpabilidad, todo eso está previsto para rebajar pena o eximirla de penas en el Código Penal (art. 34, 1, 40 y 41 por ejemplo), y surge del principio natural de la relativa proporción de la pena a la culpa. No hay que innovar nada.

Les quería contar un olvido mío que es muy significativo. Desde que hace más de 20 años, cuando don Jaime Anaya me encomendó comentar Zambrana Daza- Cámara, en reemplazo de Bidart Campos, que lo tenía en su escritorio para hacerlo y se fue de El Derecho, yo estudié el plenario de la Cámara del Crimen de la Capital Federal Natividad Frías, saludado por el Herodismo como un fallo señero. Éste sostenía que no debía seguirse proceso a la mujer si hubo violación de secreto profesional (y dogmáticamente, si la cosa venía relacionada con un hospital, por ejemplo, ya pontificaban que lo hubo): doctrina de la exclusión y o Doctrina del Fruto del Árbol venenoso, tema del cual tengo un libro en prensa. Cuando salió Zambrana Daza- Corte yo quise instalar en la doctrina de que ahora la jurisprudencia hegemónica desplazó a Natividad Frías, lo cual era verdadero, pero sin ningún éxito, pues no se vio la importancia de esto, por ejemplo, en el Movimiento Provida. Ahora bien, en estos días (2018) yo ya me había olvidado que el plenario continuaba en su texto más o menos así: sin perjuicio de continuar la causa contra los médicos, los terceros, etc. ¡Hasta yo que estaba en el tema me había olvidado de esto último! El Herodismo se agarró de una parte del fallo y casi se suprimió el derecho penal del aborto en la ciudad de Buenos Aires. No cabe duda de que si la madre cometió delito debe ser castigada si fue imputable, pero que siempre debe ser castigado con más pena el tercero, que con frialdad lucra con el tema y puede ver las cosas con más objetividad… El delito del tercero es más grave y merece más pena.

**7. Pero ¿no es algo parecido a penalizar la tenencia de drogas para consumo personal, que hoy la Corte Suprema permite?**

Hay analogía, sin dudas. En parte en cuanto el pibito no nacido no se ve, y en parte porque la tenencia para consumo parece afectar sólo al consumidor. Pero el Estado debe defender a los más inocentes y debe tener solidaridad con sus ciudadanos, preservándolos aún de sus actos graves en que se dañan a sí mismos, por ejemplo, el suicidio. De todos modos, la natural sociopoliticidad del hombre hace que casi siempre sus actos inciden en la comunidad. Con más razón ha de evitar una especie de “legalización” del homicidio prenatal.

Uds. Habrán visto que en el libro cuento algún caso en que una sanción por consumo de drogas consiguió todos los fines de la pena en un nadador estadounidense, sin ningún costo social.

Además, la incriminación y consiguiente persecución penal de la tenencia de estupefacientes hacía posible la intervención de todo un mecanismo de protección estatal que, lejos de buscar encarcelar a quien se drogaba, intentaba poner a la comunidad a trabajar para ayudarlo y que no avanzara a cosas peores. Era una red protectora de la que participábamos magistrados, funcionarios, empleados… La comunidad política trabajando y poniendo sus recursos para ayudar al vulnerable, claro que aprovechando la amenaza penal sin la cual nada de eso sería posible, para poder avanzar en la protección del que se drogaba. Quizás muchos de los que han promovido que se declare la inconstitucionalidad de la incriminación de tenencia de estupefacientes lo hayan hecho sin conocer cómo se abordan estos casos en la vida jurídica real. Lo explico en el libro partiendo de mi experiencia como Defensor en el fuero federal.

**8. Entonces, ¿qué mensajes nos da la despenalización?**

La despenalización, sobre todo cuando antes una conducta estuvo penalizada, tiene a dar la idea de la “legitimidad” de esa conducta. Confundiendo adrede ilícito con ilícito penal, los integrantes de la Corte en la causa FAL sobre aborto, imponen una moral perversa. Con el mismo desparpajo con que no leen la Constitución, ni las convenciones internacionales, ni el Código Civil y Comercial, y hay que andar explicando lo obvio: la inconstitucionalidad de la muerte directa dolosa de un inocente. Al “legitimar” (entre comillas) esa conducta, ella, sobre todo cuando está ligada a fuertes pasiones, tiende a repetirse y a aumentar. Y ahí está el gran negocio Narco y Abortista. Si a eso se le suma la pretensión de una Religión Universal dogmática e irracional, que tan bien denunció el P. Sanahuja, nos explicamos la orfandad doctrinal de los abortistas y su rechazo a oír argumentos, y a la vez la exaltación de los delitos como derechos, como decía Juan Pablo II, y la persecución que hacen del catolicismo. Se lo ve en las calles de Buenos Aires y en algunas ciudades importantes; no en la mayoría del Interior.

**9. No puede negar que hay casos de aborto no punible expresamente contemplados en el Código Penal. ¿No hay allí un derecho al aborto reconocido y amparado por la ley?**

No, incluso porque el mismo Código lo considera un delito, pero no punible. De modo que aún desde el derecho positivo es una conducta ilícita. No punir no es legitimar, ni siquiera positivamente. Es curioso que alguien que no es abogado, Monseñor Jofré, hubo de decirle a la Corte y a los juristas argentinos, en su libro, que no punir no significa legitimar. Repto que estamos en la dimensión estrictamente positiva del derecho: si Ud. debe 1.499.999 $ de impuestos no comete delito penal, si debe nada más que un pesito más, sí lo comete. Pero Ud. no puede pedir un amparo para no pagar a la AFIP si evade menos de 1.500.000, porque siempre la evasión fiscal es algo ilícito que no se puede promover y que el Estado no puede auxiliar sino combatir. No hay un derecho a evadir impuestos, ni hay en derecho positivo (de hecho, digamos) derecho a practicar un aborto. Ni puede el derecho positivo legitimarlo porque va contra las normas de razonabilidad natural más elementales.
Lo dijo Morales Solá en La Nación, utilizando un cierto equivalente, y tuve una alegre extrañeza: Sobre el tema del aborto hay “una convicción más filosófica que religiosa. Si el Estado puede autorizar el fin de una vida inocente, ¿cuál será en adelante la frontera que distinguirá los derechos humanos?”(4-III-2018).

De modo que el Estado, dentro de cierto margen, tiene libertad para punir o no ciertas conductas, como lo hace con el artículo 185 del CP, que por razones atendibles exime de responsabilidad criminal, aunque no de la civil, a pequeños delitos (hurtos, defraudaciones o daños que se causaren entre sí” ciertos parientes y respecto de ciertos objetos). Pero esa excepción no se aplica a los extraños que participen del delito.
Nos parece que el Estado no la tiene para eximir de penas al delito de aborto, porque sería desproteger a quien normas superiores positivas mandan proteger. Y menos aún para hacer del mismo un verdadero derecho subjetivo.

Ahora bien, admitiendo sólo por hipótesis la validez constitucional de los casos del artículo 86, si es cierto lo que dicen los médicos que muy raramente se dan casos insolubles en que no se pueden salvar las dos vidas, y si es raro el embarazo por violación de una idiota o demente, es obvio que, en el peor de los casos, deben interpretarse restrictivamente, y quedarían como excepcionalísimos. Mas, vivimos en un desierto moral, las leyes mal interpretadas son armas para destruir y se aplica el círculo cuadrado del derecho natural del enemigo.

**10. “Legalizar” o “legitimar” con mayúsculas o sin mayúsculas….**

Está bien la insistencia de Uds. No hago la distinción entre “legalizar” y “legitimar”, como si la ley jurídica positiva pudiera hacer bueno lo que según la naturaleza es ilegítimo; y hacen bien en poner comillas.

Según el derecho positivo actual el aborto, todo aborto, es delito. Pero algunos casos son delitos a los que no se les aplicará pena. Según el proyecto aprobado en Diputados se puede abortar con total facilidad e impunidad, pretendiendo sea un “derecho” de toda mujer. Incluso se ve con malos ojos en esa mentalidad y se trasunta en la ley, mantener la vida de esas criaturas. El legislador humano no puede hacer que el genocidio o el femicidio o el homicidio sea un derecho.

Los legisladores y jueces y presidente argentinos, que sigan matando o promoviendo que se mate a argentinitos, deberán dar cuentas a Dios de sus crímenes.

[1] Reportaje realizado por los abogados Carlos Arnossi y Juan Clérico al Prof. Dr. Héctor H. Hernández, autor de *Salvar vidas con el derecho penal (Testimonio de un Defensor)*, Buenos Aires, Círculo Rojo, 2018.

**Reseña a Hernández, Héctor H., *Salvar Vidas con el Derecho Penal (Testimonio de un Defensor)*, Buenos Aires, Círculo Rojo, 165 páginas.**

Héctor H. Hernández es Doctor en Ciencias Jurídicas y fue Defensor Público Oficial ante el Juzgado Federal de San Nicolás de los Arroyos, Profesor titular en diversas universidades, Investigador Independiente del CONICET y autor de más de cuatrocientos cincuenta publicaciones, entre libros, capítulos en obras colectivas, artículos y comentarios a fallos.

Después de un extenso prólogo de diez páginas (“Nueva defensa del Derecho Penal con penas”), en la primera parte (“Salvar vidas con el Derecho Penal”, pp. 23-65), Hernández cuenta la historia de una denuncia que realizó en sus épocas de magistrado federal ante un aborto que iba a llevarse a cabo, en virtud de la cual tomó intervención el sistema judicial-policial y, como resultado, se salvaron varias vidas humanas. El relato está intercalado por comentarios del autor, quien ya había publicado durante las últimas décadas un libro en coautoría y varios artículos y comentarios a fallos sobre el tema.

En la segunda parte (“¿Te acordás cuando nos protegía?”, pp. 69-92) Hernández explica, partiendo de su experiencia como Defensor en el fuero federal, que la incriminación y consiguiente persecución penal de la tenencia de estupefacientes antes de la sentencia “Arriola” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hacía posible que tomara parte en el caso un mecanismo de protección estatal que, lejos de buscar encarcelar a quien se drogaba, intentaba poner a la comunidad a trabajar para ayudarlo y que no avanzara a delitos más graves. Era una “red protectora” de la que participaban magistrados, funcionarios y empleados. La comunidad política trabajando y poniendo sus recursos para ayudar al vulnerable, aprovechando la amenaza penal para poder avanzar en la protección de la persona en situación de vulnerabilidad.

Le sigue la poesía “Criatura que no vendrás”, de Juan Luis Gallardo, y veinte anexos (pp. 97-153). Esta última parte, quizás demasiado extensa en comparación con la parte principal de la obra, está compuesta por diversos anexos de dispar calidad, que complementan el libro con información relevante que el autor ha seleccionado para dar al lector una visión global del tema.

Contra aquellas corrientes de pensamiento que postulan la inutilidad de la pena y del orden jurídico-penal –que Hernández ha bautizado “garantoabolicionistas”–, el hilo conductor del libro es la tesis central de la bondad del Derecho penal para promover altos bienes humanos –en este caso, salvar vidas–, que el autor se propone y logra probar desde la experiencia jurídica. Sostiene Hernández que no hay que perder de vista el argumento central de la defensa de los niños por nacer: *es siempre*–sin excepción–*intrínsecamente malo matar directamente a un inocente*.  Y que las otras argumentaciones que puedan hacerse desde el campo provida son subsidiarias o sirven para mostrar las contradicciones del movimiento pro-legalización del homicidio prenatal.

Hay que aclarar que, en general, quienes hablan a favor o en contra de la despenalización del aborto desconocen cómo funcionan los órganos del Estado y cómo trabajan magistrados, funcionarios y empleados en el marco de la persecución de los delitos, lo cual se devela en esta obra del jurista nicoleño, quien expone cómo la existencia de una amenaza penal concretada en la existencia del tipo penal no solo opera como elemento educador respecto de un mínimo de moralidad social y como disuasión de un número imposible de conocer con certeza de potenciales autores del delito, sino también habilitando la intervención de la comunidad política a través de diversos órganos, funcionarios y empleados estatales para prevenir, para que no se lleve a cabo el delito, y para lo cual el Estado tipifica determinadas conductas graves. En ello estriba el valor y la originalidad de la obra, estructurada en capítulos cortos, que facilitan su lectura, haciéndola rápida y amena.

Si bien detrás de los intentos para despenalizar el delito de aborto está la pretensión inocultable de instaurar un inconstitucional “derecho al aborto”, una pregunta constante durante las discusiones recientes sobre la despenalización-legalización de este delito fue si sirve de algo que esté incriminado. Este libro da una respuesta, no desde una pura elaboración teórica, sino desde la vida del Derecho penal y la comunidad política: *La ley penal no es la amenaza sin sentido de un mal también sin sentido*. Sí, *el Derecho penal puede salvar vidas*.

**Carlos G. Arnossi**