



---

# EL ABORTO

## Un problema pendiente

*Alfonso RUIZ MIGUEL*

*A Francisco Tomás y Valiente*

### **En las fronteras del Derecho**

**L**a penalización del aborto plantea problemas en las fronteras del Derecho, aceptando incluso el doble sentido de la idea de frontera: de un lado, como zona de paso entre distintos territorios que, por su imprecisión o su difícil acceso, se cruzan y entrecruzan y son cruzadas de hecho, que es el concepto que cuadra a las complejas relaciones entre el Derecho y la ética; y, de otro lado, como borde preciso que no se debe cruzar o más allá del cual no se está ya en territorio propio, que es la noción aplicable a los límites del Derecho —en su aspecto punitivo, sobre todo— como instrumento inapropiado para resolver ciertos problemas. Por eso la discusión sobre el aborto y su penalización o despenalización, aunque inevitablemente ronda por esa zona abrupta y de paso difícil entre la ética y el Derecho, ha de saber a la vez reconocer los límites del Derecho, más allá de los cuales el aparato jurídico-penal es inadecuado.

En esa doble vertiente, los dos temas que constituyen el núcleo de este escrito son, de un lado, la valoración directamente ética del aborto, que se plantea sobre todo en el plano moral más radical, el de la decisión individual, y, de otro lado, la cuestión de la (des)penalización del aborto, que se presenta en el plano ético-jurídico. Téngase en cuenta que ambos planos son, en última instancia, un asunto ético, que propone pautas sobre lo que es deseable o lo que se debería hacer, sea ante un conflicto concreto de carácter personal sea sobre las medidas que la sociedad, a través de su organización política, puede y debe afrontar ante tal tipo de conflictos. No es tampoco que la relación entre esos dos planos sea necesariamente sencilla y unidireccional, pues son defendibles distintas fórmulas de conexión entre ambos: así, no es contradictoria ni implausible la posición de quien cree que es inmoral abortar pero moralmente inapropiado castigarlo penalmente, por interpretar que se trata de un asunto de moral privada que requiere un tratamiento jurídico liberal similar al del adulterio o la prostitución. La posición que aquí se mantendrá, sin embargo, es que si bien el aborto no es un acto moralmente inocuo o indiferente, tampoco pone en riesgo derechos que hayan de ser respetados de manera absoluta, y esa es, entre otras, una de las razones fundamentales para excluir su penalización. Antes de discutir los dos temas centrales mencionados, será útil ofrecer algunos datos generales sobre el aborto.

### **Algunos datos sobre el aborto**

El aborto lleva tras de sí una larga historia de práctica como método de control de los nacimientos y, a la vez, de prohibición religiosa y jurídica en la mayoría de las culturas. Hoy sigue siendo una práctica muy común, hasta el punto de que informes internacionales para los años setenta citan la cifra de 55 millones de abortos voluntarios anuales, que, por tanto, afectarían a un 7% de las mujeres en edad reproductiva. Una sexta parte de la población mundial vive bajo regímenes legales estrictamente prohibitivos de cualquier forma de aborto; otra sexta parte tiene sistemas jurídicos parcialmente limitativos que aceptan una o varias de las llamadas «indicaciones» o motivos que hacen lícito el aborto, excepto la económico-social, como el riesgo para la vida y/o la salud de la mujer (indicación médica o terapéutica), la violación (indicación ética o criminológica) o las malformaciones del embrión/feto (indicación eugenésica); las legislaciones más permisivas, que establecen un sistema de plazo o de indicaciones, incluida la económico-social, abarcan a dos tercios de la población.

En realidad, las indicaciones —excepto en caso de peligro vital para la mujer— están siempre sometidas a algún plazo, pero cuando se habla del sistema de plazo se alude a la posibilidad de que la mujer decida sobre su aborto libremente, sin necesidad de alegar motivo alguno. En uno y otro caso, el plazo puede variar entre las doce semanas y los seis meses de gestación: así, el primer plazo, o uno cercano a él, es el más utilizado en

las legislaciones europeas, mientras que el segundo, o uno cercano a él, es el que se suele aplicar en la indicación eugenésica y el señalado por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, en su famosa sentencia de 1973 *Roe vs. Wade*, como límite para cualquier aborto constitucionalmente autorizado. Esos límites temporales, por lo demás, tienen cierta correspondencia con la terminología médica, que distingue entre el *embrión* y el *feto* justamente mediante la divisoria de las doce semanas de gestación, distinción que mantendré en adelante. Una ulterior distinción es la que denomina *preembrión* al óvulo fecundado pero todavía no implantado en el útero, lo que sucede a los quince días: aunque esta última distinción podría ser relevante para la discusión a propósito de la autorización legal de abortos sin intervención médica directa —por ejemplo, mediante la comercialización de la píldora francesa RU 486—, en lo que sigue, salvo que cite específicamente al preembrión, cuando hable de embrión me referiré al óvulo fecundado hasta los tres meses.

En lo que se refiere a España, durante la época franquista era casi un lugar común citar la estimación de unos 100.000 abortos voluntarios anuales. Cierta estadísticamente o exagerada, los últimos años las clínicas autorizadas han declarado de 37.000 a 48.000 abortos al año (1), todos ellos realizados bajo la cobertura de la reforma del código penal de 1985, reforma que abrió las causas de aborto despenalizado a la indicación médica, la ética y la eugenésica, modificando así la estricta legislación franquista vigente hasta entonces, por la que los tribunales sólo venían aceptando el estado de necesidad ante el peligro para la vida de la mujer. El número anterior es sin duda muy elevado para la estrechez de las indicaciones legalizadas, pero se explica si se tiene en cuenta que la indicación de riesgo para la salud psíquica de la mujer es el motivo alegado en alrededor del 98 % de los casos, sirviendo así a modo de indicación económico-social encubierta.

A mi modo de ver, hay varias razones de peso para censurar la regulación penal vigente. Ante todo, la pretensión de los redactores de la ley de que unas indicaciones de tan limitado alcance habían de servir para normalizar el problema del aborto en términos europeos constituye, en mi opinión, una deplorable actitud hacia el principio de legalidad, por la que el propio legislador traslada a los aplicadores de la ley, sobre todo fiscales y jueces, la responsabilidad de elegir entre aplicar literalmente una ley que, así entendida, no resuelve lo que decía pretender, o extender su significado tan desmesuradamente que se lleve a cabo una interpretación *contra legem* (tan contraria no sólo a la letra sino al propio espíritu de la ley que la indicación sobre la salud de la mujer, sea física o psíquica, a diferencia de las otras dos indicaciones, carece de todo plazo durante el embarazo, lo que prueba que estaba pensada para casos de gravedad que nada tienen que ver con la indicación económico-social).

(1) Las cifras totales, según el Ministerio de Sanidad, son: 1990, 37.231; 1991, 41.910; 1992, 44.962; 1993, 45.503 y 1994, 47.832.

En tal sentido, el no insignificante número de procesos abiertos tras la entrada en vigor de la ley, si bien no parece que generalmente hayan concluido en condenas, son responsabilidad última de una ley deficiente. En este punto es enormemente significativo, por lo demás, que si se observan las estadísticas de actividad judicial, el número de procesos ha mantenido unas pautas relativamente constantes entre el periodo anterior y el posterior a la reforma, que oscila entre 28 y 84 procesos abiertos al año (téngase en cuenta, para calibrar la relevancia de estas cifras, que un solo proceso, especialmente cuando es abierto contra una clínica a la que se intervienen sus archivos, puede afectar a muchas personas a la vez).

De este modo, la combinación de una ley inadecuada y una aplicación judicial indecisa da como casi inevitable resultado una situación de grave inseguridad jurídica, tanto para las clínicas autorizadas a realizar abortos legales como para las mujeres que acuden a ellas, que, sea cual sea el motivo, pueden sufrir investigaciones judiciales o del Ministerio Fiscal. Esta eventualidad, por último, se hará especialmente vívida y grave si se produjera un cambio en los criterios de la política criminal del Gobierno, a través del Fiscal General del Estado, incitando a una aplicación rigurosa de la ley mediante la persecución de los abortos no realizados conforme a ella. Por todas las anteriores razones, me parece necesaria una reforma de la actual regulación despenalizadora que, como mínimo, introduzca la indicación económico-social, si bien, en mi opinión sería preferible una ley de plazos o, en todo caso, un cuarto supuesto con decisión final para la mujer (2).

### **Sobre la moralidad del aborto**

#### *El choque de absolutos*

La discusión ética general sobre el aborto gira alrededor de la personalidad del no nacido. Es en ese punto central donde se produce lo que el constitucionalista estadounidense Laurence H. Tribe ha caracterizado eficazmente como un *choque de absolutos* (3): de un lado, la creencia en el derecho absoluto a la vida del no nacido y, en consecuencia, la visión del aborto como asesinato de un ser humano inocente, y, de otro lado, la creencia en el derecho ilimitado de la mujer al propio cuerpo y, en consecuencia, la consideración del aborto como éticamente aporreado. Lo que aquí voy a mantener es que ambas posiciones son, en sus extremos, inaceptables, pero que ambas contienen algo de relevante éticamente: explorar ambos aspectos es situarse en una posición de diálogo, si bien no necesariamente equidistante, que, más allá de la terminología y de algún

---

(2) Sobre la constitucionalidad de esta posibilidad, véanse los argumentos de mi estudio «El aborto: problemas constitucionales», pp. 89-105.

(3) Ver *Abortion. The Clash of Absolutes*, W. W. Norton, Nueva York-Londres, 1990.

aspecto no decisivo que personalmente encuentro discutible, viene a coincidir con la posición tan magistralmente argumentada por Ronald Dworkin en su libro *El dominio de la vida* (4).

### *Sobre el derecho a la vida del no nacido*

En el primer extremo del mencionado choque de absolutos, sostener el derecho a la vida del no nacido como absoluto desde el momento de la concepción resulta irrazonable al menos por tres razones (de las que la primera es, sin lugar a dudas, la fundamental): la no personalidad actual del embrión, la aceptabilidad generalizada de, al menos, algunos motivos de aborto y, en fin, la diferente consideración social del aborto y de la muerte de personas.

En primer lugar, el embrión al menos —y, plausiblemente, el feto hasta el momento de la viabilidad— no es una «persona» propiamente dicha, salvo de manera meramente potencial. La no atribución de personalidad actual al embrión es un criterio adoptado por algunas legislaciones, incluso antiabortistas, como lo prueba la misma regulación civil tradicional en España, para la que «el nacimiento determina la personalidad. [...] Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno» (Arts. 29 y 30 del Código Civil). Por ello mismo, aunque indicativo de una consideración cultural netamente diferencial entre el no nacido y los nacidos, el criterio jurídico-privado no es necesariamente decisivo desde un punto de vista ético. Desde este punto de vista, la consideración del no nacido como ser humano potencial —en una relación similar a la persona, o ser humano actual, como entre la bellota y el roble— es la conclusión razonable de una argumentación que rechaza los principales argumentos en favor de la indistinción entre ambos y, por tanto, de la consideración del no nacido como persona en el pleno sentido de la palabra.

De un lado, la creencia religiosa de la animación, entendida en el sentido tradicional de que el alma se insufla en el cuerpo en el momento de la concepción, en cuanto creencia religiosa —y, por cierto, como posterior al dualismo cartesiano, desconocida por la escolástica católica—, ni en sí misma ni en sus consecuencias puede pretender imponerse como obligatoria universalmente; al igual que la creencia en la resurrección de Cristo, en la verdad de la predicación de Mahoma o en la divinidad de todo lo creado, puede ser profesada, puede ser predicada, puede ser acogida, pero no debe ser impuesta en quienes no la aceptan libremente.

(4) Ver *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, Alfred A. Knopf, Nueva York, 1993; [*El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Ariel, Barcelona, 1994].

De otro lado, es falaz la tesis, de sabor naturalista pero en realidad pseudocientífica, que pretende derivar la personalidad del no nacido de la existencia del código genético, esto es, la tesis de que la existencia del código genético en el óvulo recién fecundado hace *esencialmente* (y, por tanto, moralmente) indistinguible al preembrión y al recién nacido. Aparte de la confusión conceptual que manifiesta el pretender deducir criterios normativos o valorativos a partir de observaciones de hecho, ni siquiera los hechos aducidos por la tesis de la continuidad esencial son ciertos en sus propios términos. Así, no es cierta la presuposición implícita en el argumento del código genético de que la identidad personal esté ya pre-determinada en el cigoto, como lo prueba, sencillamente, la diferencia personal entre gemelos monocigóticos, que, aun poseyendo originariamente un mismo código genético por ser el producto de la unión de un solo óvulo y un solo espermatozoide, se separan en las primeras fases de la gestación y terminan dando lugar a personas, entre otras muchas diferencias, con distintas huellas digitales (a la inversa, pero probando lo mismo, también ocurre de hecho a veces que, de forma completamente natural, dos óvulos fecundados gemelos terminan combinándose en uno solo, dando lugar a un solo individuo completamente normal (5)).

Por lo demás, la tesis misma de que cualesquiera células con un código genético individualizado y susceptibles de desarrollo humano son una persona con derecho pleno a la vida tiene implicaciones contraintuitivas actuales y potenciales. Así, ya hoy obligaría a gestar y llevar a término a todos los óvulos fertilizados para asegurar el éxito de las técnicas de reproducción asistida, de los cuales sólo se suele utilizar una parte. Igualmente, en un hipotético pero posible futuro, si llegara a ser técnicamente realizable una reproducción asexuada a partir de células que contengan el código genético de una persona, cualquier persona estaría obligada a multiplicarse incontroladamente mediante su reproducción clónica e indefinida (y téngase en cuenta que aquella hipótesis no es tan fantasiosa como podría parecer a primera vista si, como dicen algunos científicos, sólo es cuestión de tiempo el desencadenamiento de mecanismos de desarrollo autónomo de óvulos no fecundados para dar lugar a seres completos con el mismo código genético que la madre (6)). En todo caso, lo esencial en todo lo anterior es que, no existiendo ni pudiendo existir un criterio científico que determine la personalidad moral de los seres humanos, la presunción de que el no nacido es una persona con un derecho a la vida igual que un recién nacido resulta ca-

(5) Ver Tribe, *Abortion...*, *op cit.*, pp. 117-8.

(6) Ver Harold Morowitz y James S. Trefil, *The Facts of Life*, Oxford University Press, Nueva York, 1992; cito por la versión castellana de Bibiana Lienas y prólogo de Josep-Vicent Marqués, *La verdad sobre el aborto. ¿Cuándo empieza la vida humana?*, Alcor, Barcelona, 1993, p. 65 (este es un raro y recomendable libro que enfoca el problema del aborto desde el punto de vista de los actuales conocimientos científico-biológicos, diluyendo falsas pero extendidas creencias sobre la temprana actividad encefalográfica del feto, la patraña del «grito silencioso» y otros tópicos similares).

rente de base y contraria a intuiciones morales bien asentadas, como muestran los argumentos que comento a continuación.

Una segunda razón por la que la propuesta del derecho absoluto a la vida del no nacido resulta inaceptable por la inverosimilitud de sus implicaciones es que si el no nacido tuviera un derecho a la vida similar al de las personas, ese título comportaría la ilicitud radical y sin excepción de todo aborto, incluido el de riesgo vital para la madre. En tal caso, así como no encontramos aceptable que se pueda matar a una persona para trasplantarle su corazón a otra, también deberíamos excluir que se pueda provocar un aborto para salvar la vida de la madre. Frente a ello, quienes, según probablemente hacen muchos católicos (7), aceptan ese supuesto, al igual que la violación, como motivo para aceptar el aborto, están de hecho subordinando el derecho a la vida del no nacido al derecho a la vida (o, en el caso de la violación, la autonomía) de la mujer, que es el que, con razón en mi opinión, se suele considerar predominante. Y, sin embargo, esa conclusión es incompatible con sostener la caracterización del embrión o el feto como persona con un derecho a la vida igual al de la madre. En realidad, tal subordinación no puede constituir a fin de cuentas más que una negación de aquel derecho, pues debe observarse que el caso no se puede considerar como legítima defensa de la mujer en la medida en que falta el requisito de la agresión por parte del no nacido, requisito que es esencial en esa figura justificatoria.

Naturalmente, mi argumentación anterior no niega la posibilidad de que un católico no pueda o no deba revisar dicho criterio, conforme a la doctrina oficial de su Iglesia, y considerar injustificados tales tipos de aborto. El mantenimiento de esta posición sin fisuras, no obstante, habrá de hacerse, como es el caso de dicha Iglesia, adoptando una posición inicial y finalmente poco verosímil y razonable que tiene todo el aspecto de defender a ultranza un dogma determinado sean cuales sean las consecuencias. Y por cierto que, entre tales consecuencias, dicho sea como una prueba más de la inverosimilitud del dogma de que el aborto es un asesinato, debería figurar la previsión de una sanción penal similar a la de ese delito, el más grave que se pueda cometer contra las personas, lo que ni de lejos ocurrió en una legislación penal tan procatólica y antiabortista como la franquista (8).

---

(7) Extraigo esta conclusión, sólo presuntivamente, del amplio número de españoles, alrededor de dos tercios, que en encuestas representativas como las del C.I.S. aceptan la legalización del aborto en caso de peligro para la vida de la madre y de violación.

(8) En efecto, el código penal franquista contenía para el aborto penas bastante menores que para el homicidio y, con mayor razón, el asesinato: así, el aborto consentido se castigaba con una pena máxima de seis años de prisión, la mitad de la mínima señalada por el homicidio y mucho menor que la de veinte y treinta años o muerte prevista para el asesinato (aún así, este régimen constituyó un claro endurecimiento respecto de los códigos penales anteriores, el de 1870 y el de la Segunda República, que castigaban a la mujer que consintiere su aborto con una pena máxima de 6 meses de arresto).

En fin, la tercera razón para excluir el derecho absoluto a la vida del no nacido la proporciona una reflexión comparativa sobre las actitudes sociales ante, por un lado, la muerte natural de un niño o de un adulto y, por otro lado, un aborto espontáneo. La actitud no sólo es distinta entre las personas más cercanas al suceso, que normalmente —y cuando se trata de un embarazo deseado— sienten más bien la pérdida de una ilusión, de un futuro hijo, pero sin vivirla como la muerte de un ser querido propiamente dicho. Además, también hay una actitud diferente respecto de terceros, con quienes no se participa el hecho realizando ninguno de los ritos sociales propios de la muerte de personas (ni siquiera la Iglesia católica obliga a celebrar exequias para los «fetos abortivos» (9)). Todo ello es absolutamente inevitable, por lo demás, en los abortos espontáneos tempranos, que, según las estimaciones más moderadas, afectan a más de dos tercios de los óvulos fecundados durante la primera semana de gestación (10).

La conclusión más razonable de las observaciones anteriores es que el momento de la concepción no resulta tan decisivo moralmente como a veces se ha hecho creer, sea mediante pseudoargumentos científicos o sea mediante argumentos pseudocientíficos. Los datos científicos no sólo, en cuanto tales, no obligan a concluir nada sobre la personalidad moral del no nacido, sino que, bien considerados y evaluados, avalan la posición ética que sostiene que el embrión desde luego y plausiblemente el feto no son individuos o personas en el mismo sentido que los seres humanos ya nacidos, resultando inverosímil defender que tengan un derecho a la vida igual que estos, de modo que el aborto sea un asesinato. Ello no quiere decir, sin embargo, que entonces todo esté permitido, que el aborto sea un hecho tan trivial como beber un vaso de agua y que abortar al principio y al final de la gestación sea equivalente. Como vamos a ir viendo, por más que no quepa considerar propiamente a ningún aborto como un asesinato, hay momentos relevantes durante la gestación distintos al de la concepción que permitan distinguir diferentes situaciones moralmente relevantes.

### *Sobre el derecho de la mujer al propio cuerpo*

En el extremo opuesto al anterior, la tesis absolutista del derecho ilimitado al propio cuerpo de la mujer, entendido como el derecho a una autonomía total e ilimitable, también resulta éticamente irrazona-

---

(9) El vigente Código de Derecho Canónico aunque establece que «[e]n la medida de lo posible se deben bautizar los fetos abortivos (*fetus abortivi*), si viven» (canon 871), también dice que «[e]l ordinario del lugar puede permitir (*permittere potest*) que se celebren exequias eclesiásticas por aquellos niños (*parvuli*) que sus padres deseaban bautizar, pero murieron antes de recibir el bautismo» (Canon 1183.2).

(10) Ver Morowitz y Trefil, *op. cit.*, pp. 60-1.



ble porque conduce al menos a tres consecuencias difícilmente aceptables (hago observar entre paréntesis que se trata, ciertamente, de consecuencias tan exageradas que, casi sin lugar a dudas, ningún defensor o defensora de la tesis del derecho al propio cuerpo suscribiría expresamente ni aceptaría, pero se trata de consecuencias teóricas relevantes, que se deducen implícitamente de ella, y eso basta para probar que, si conduce a tales exageraciones, la tesis misma resulta manifiestamente inadecuada o, como mínimo, está muy mal formulada).

La primera consecuencia que me parece inaceptable del supuesto derecho absoluto al propio cuerpo de la mujer es que, en tal caso, los abortos en el tercer trimestre serían moralmente equivalentes a los más tempranos. Sin embargo, tanto el criterio de la viabilidad, esto es, de la posibilidad de supervivencia del feto fuera del útero, como el de su capacidad de sentir y sufrir, que se sitúan ambos alrededor del sexto mes de gestación, sugieren que a lo largo del embarazo aparecen intereses moralmente concurrentes que merecen alguna protección frente al mero ejercicio de la autonomía de la mujer.

Una segunda consecuencia inaceptable es que, si la mujer embarazada tuviera un derecho ilimitado al propio cuerpo, no habría nada que reprochar moralmente (ni, por tanto, podría reprocharse jurídicamente) por las conductas imprudentes que durante el embarazo ponen en peligro la salud del futuro niño, como el consumo de drogas. Una combinación de este argumento y del anterior sirve también para excluir el caso —que formulo meramente como hipotético, sólo a modo de contraste y como argumento *ad absurdum*— del adelanto del parto por razones de comodidad de la mujer cuando por tal adelanto podrían derivarse riesgos para la salud del nacido que si el derecho al propio cuerpo fuera ilimitado habría que aceptar y garantizar.

La tercera consecuencia inaceptable es que los abortos con el fin —que una vez más enuncio sólo hipotéticamente— de utilizar o vender los tejidos fetales o los —también hipotéticamente— realizados por motivos triviales, resultarían tan justificables moralmente como el llevado a cabo por una adolescente, por una mujer violada o por una mujer sola ya con varios hijos a su cargo.

No me importa insistir en que los casos que cito son hipótesis extremas y no, en absoluto, típicos ni realistas, que adopto únicamente como ilustraciones llamativas, de laboratorio si se quiere, para mostrar consecuencias teóricas posibles de una tesis que, como la del derecho al propio cuerpo, está mal planteada en lo ilimitado de su formulación. Si el derecho a la autonomía de la mujer es, como creo, importante, e incluso decisivo, en la aceptabilidad ética del aborto, eso no significa que sea un derecho absoluto, sino que tienen límites que es necesario perfilar más adecuadamente, como voy a intentar a continuación.

En los dos epígrafes anteriores he mostrado lo que me parece inaceptable de las dos principales posiciones extremas en polémica a propósito de la licitud o ilicitud moral del aborto. En los dos casos, lo inaceptable está en su respectivo carácter absoluto, y en las inverosímiles consecuencias que, se quiera o no se quiera, se derivan de él. La exclusión de ambos absolutos deja un margen de aceptabilidad de elementos de cada una de las dos posiciones que tal vez permita intentar la formulación de una propuesta intermedia y, en cierto modo, conciliatoria.

Por un lado, y de acuerdo con las visiones religiosas, es perfectamente aceptable la idea de que la vida de los no nacidos es valiosa moralmente y que, por tanto, no es por completo indiferente. El valor de la vida humana potencial, que es de lo que aquí se trata, es diferente, sin embargo, según el grado de proximidad a la personalidad. En el grado más alejado, los no nacidos meramente posibles o futuros, que son los todavía no concebidos —incluso en el doble sentido de esa última palabra, el físico y el mental, es decir, las generaciones futuras—, tienen un valor meramente globalizado, en cuanto imposible de individualizar, que afecta tanto a su existencia como a su bienestar y por los que parecen justificables políticas, según los casos, de fomento o de limitación de la natalidad. En un grado más cercano a la personalidad, los no nacidos existentes, esto es, los seres todavía en gestación, merecen una cierta protección, incluso penal, que puede ser máxima frente a los abortos no consentidos por la mujer y que, respecto de los consentidos por ella, también admite una graduación para la que es útil y plausible el habitual criterio de los tres trimestres; y, así, mientras en el primer trimestre de la gestación el aborto es cercano y casi asimilable a la libertad de anticoncepción, en asociación con el mayor peso de los derechos a la intimidad y a la autonomía de la mujer, en cambio, en el último trimestre, donde el feto es viable y ha adquirido alguna capacidad cerebral de sentir y sufrir, resulta próximo y casi asimilable a la prohibición del infanticidio; el segundo trimestre, aunque es más cercano al primero que al tercero en cuanto que sólo a su término se producen la viabilidad y la capacidad cerebral dicha, admite distintas regulaciones más o menos protectoras, que también pueden tener en cuenta otros factores de razonabilidad, como el mayor riesgo médico de las intervenciones, las posibilidades de conocimiento de malformaciones en el embrión o el feto y similares. Lo decisivo, en todo caso, es que en los dos primeros trimestres al menos, la protección del no nacido no procede de un derecho a la vida en el sentido fuerte del término, esto es, de un interés que sea incorrecto o injusto desplazar, sino de su valor como ser humano potencial, que alude no al criterio categórico y universal de justicia o corrección sino al de bondad, cuya gradualidad puede tolerar su sacrificio en caso de conflicto con otros bienes o derechos (operando entonces el argu-

mento del mal menor) y, sobre todo, cuya decidibilidad no es ya universalista, sino que corresponde a las particulares concepciones morales y/o religiosas de cada cual, que tiene derecho a ejercerlas y a verlas respetadas (11).

Por otro lado, como la otra cara de lo anterior y de acuerdo en parte con el argumento de los especiales derechos de las mujeres, en cuanto no existan derechos ajenos en conflicto resulta éticamente intolerable obligar bajo sanción penal a tener hijos no deseados. Lo contrario supone mediante sanciones obligar a toda mujer embarazada no sólo a parir, sino, de hecho, a llevar con ello la principal responsabilidad en su cuidado y educación. La alternativa de la adopción, que a veces se propone como solución, es inviable por lo costosísima que resulta para cualquier mujer, y precisamente porque el nacimiento establece un especial lazo sentimental con el recién nacido, de manera que constituye una nueva y grave desconsideración hacia la dignidad de la mujer sostener que está obligada a tener el hijo para, si quiere, darlo en adopción. En realidad, obligar a parir y, después, a cuidar o a dejar en adopción implica desprestigiar la dignidad de las mujeres por dos razones diferentes. En primer lugar, por desconsiderar su básica y central autonomía personal, al tomarlas como si fueran máquinas reproductoras sin capacidad de decidir sobre su propia vida ante embarazos no deseados. Y en segundo lugar, por discriminar en contra de las mujeres frente a los varones, pues el embarazo y el parto les afectan sólo a ellas y las cargas familiares subsiguientes son sobre todo y predominantemente de su responsabilidad, al menos en las sociedades que conocemos, y no sólo en las tradicionales (esta discriminación entre mujeres y hombres llega al máximo cuando la obligación de parir toma a la mujer, más o menos veladamente, como principal o único objeto de castigo por «pecados» sexuales que inexcusablemente han sido compartidos con un varón al que no se obliga a nada).

En suma, liberada de sus absolutos extremos, el aborto en los primeros periodos de la gestación plantea un conflicto entre determinados derechos de la mujer y ciertos bienes todavía no personalizados que es ella quien debe resolver, puesto que de su derecho a la dignidad y a la autonomía se trata (incluso en casos de riesgo vital, es defendible, a mi modo de ver, que el mismo derecho a la vida de la mujer es dependiente de su propia autonomía, aunque sin duda habrá quien sostenga que tal derecho es independiente o superior, sin que la mujer

(11) Para un mayor desarrollo de este punto, que aquí sólo puede quedar apuntado, remito al libro antes citado de Ronald Dworkin, pues este es el hilo sustancial de su argumentación en favor de la vigente regulación estadounidense del aborto, que garantiza constitucionalmente la libertad de la mujer durante el primer trimestre, la posibilidad de introducción de ciertas cautelas jurídicas durante el segundo y la necesidad de protección jurídica del no nacido en el tercero.

pueda disponer autónomamente de él). En cambio, cuando el no nacido adquiere viabilidad y capacidad cerebral de sentir y sufrir, o está próximo a ello, merece una protección equivalente a la de las personas propiamente dichas, cuyo derecho a la vida es protegible incluso penalmente.

### **El plano ético-jurídico:**

#### *La despenalización del aborto*

A diferencia del anterior, el plano de la discusión ético-jurídica (o político-jurídica) gira sobre la necesidad, conveniencia o justificación de utilizar el Derecho penal para perseguir el aborto. Las argumentaciones en este segundo plano pueden suministrar razones en contra de la penalización de, al menos, ciertos tipos de aborto incluso para quien asuma posiciones más estrictas sobre el valor de la vida de los no nacidos que las que he defendido en las páginas anteriores. Tales razones giran en torno a dos criterios diferentes: el principio de intervención mínima del Derecho penal y la necesidad de proporción entre los daños del delito y los de la pena.

#### *El principio de intervención mínima*

El llamado principio de intervención mínima es un criterio generalizado de política criminal según el cual sólo debe usarse la sanción penal cuando es estrictamente imprescindible para garantizar un derecho o bien. Leído a contrario, el principio excluye la justificación de la pena cuando ésta resulta inútil o innecesaria como medio de garantía o de prevención en relación con ciertos derechos o bienes. Pues bien, se ha argüido muchas veces, en mi opinión con razón, que la punición del aborto es un mecanismo jurídico claramente inútil por tres razones: la ineficacia de la pena, la impunidad constitucional de los abortos en el extranjero y la irrazonabilidad de la generalización de la aplicación de la pena.

Que la pena es ineficaz frente al aborto resulta ser una observación de puro sentido común en cuanto se tienen en cuenta los altos índices de abortos voluntarios efectivamente provocados con independencia de que la regulación penal sea más o menos permisiva o más o menos prohibitiva. En lo que respecta a España, no se dispone de estadísticas sobre número de personas condenadas por aborto, pero a juzgar por las escasísimas referencias periodísticas a condenas por abortos —que inevitablemente habrían sido objeto de atención pública por la presión de los colectivos feministas— no es arriesgado afirmar que su número ha venido siendo muy reducido (sin que, por cierto, quepa apreciar en este punto diferencias significativas entre el periodo inmediatamente

anterior y el posterior a la reforma de 1985). Por resguardarme en una cifra indicativa amplia, y seguramente sobreestimada, de entre 5 y 10 personas condenadas al año por aborto, la ratio respecto de la cifra de unos cincuenta mil abortos realizados se hallaría entre uno y dos condenados por cada diez mil abortos, lo que constituye un grado de ineficacia penal de no fácil parangón.

En España, además, debido a la regulación jurídica del ámbito de la jurisdicción penal, resulta que no es perseguible ningún delito cometido en el extranjero si la conducta no es también delictiva en el país de que se trate (Art. 23.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Por ello, en la hipótesis de que la legislación penal sobre el aborto se endureciera en el futuro —o se empezara a aplicar más literal y estrictamente que hasta el momento—, la probable vuelta al llamado «turismo abortivo», que durante el franquismo elevó sustancialmente la cifra de abortos de españolas especialmente en clínicas de Londres, daría lugar a conductas no perseguibles por la justicia española. Es cierto que esta regulación, de rango legal, podría ser cambiada en el futuro, pero los antecedentes constitucionales a propósito de la legislación anterior imponen un criterio de interpretación tan estricta del principio de legalidad en esta materia que para perseguir los abortos llevados a cabo en el extranjero sería necesaria, prácticamente, una deliberada y expresa previsión legal en tal sentido (12).

En fin, el criterio de sancionar penalmente y de forma seria una conducta tan extendida como el aborto comporta la práctica imposibilidad de generalizar su aplicación, o, lo que es lo mismo, de proceder consecuentemente por parte de quienes defienden su penalización. En efecto, quienes propugnan que el aborto debe ser penalmente castigado con privación de libertad deben estar dispuestos a aceptar la imposición de penas de prisión a todas las mujeres y a sus cómplices que realizan abortos. Aun suponiendo que una persecución penal más eficaz rebajara a la mitad el número de los abortos que hoy se declaran oficialmente, entre las 25.000 mujeres que seguirían abortando, sus coautores o cómplices (cónyuges, amigas, etcétera) y los médicos o aborteras que practicasen tales abortos, habría que estar dispuesto a aceptar la posibilidad de una cifra de condenadas y condenados que podría rondar, si no superar, la de la actual población reclusa, que es

(12) En efecto, la sentencia del Tribunal Constitucional 75/1984, del 27 de junio, que anuló la condena penal de una mujer que había realizado un aborto en Gran Bretaña, excluyó que fuera aplicable en materia de aborto la legislación entonces vigente, que aceptaba la jurisdicción española sobre todos los delitos cometidos en el extranjero por españoles de los que fueran víctimas otros españoles. La argumentación del Tribunal Constitucional —en lo que es relevante para lo que aquí estoy comentando— fue que la consideración del feto como español por parte de las sentencias condenatorias había constituido una analogía prohibida por el principio de legalidad penal consagrado en el Art. 25.1 de la Constitución (FJ 6).

inferior a 50.000 presos (quizá quienes defienden el castigo penal del aborto prefieran excluir las penas de prisión para las mujeres, o imponer penas de multa en todo caso, pero entonces la menor gravedad de este tipo de sanción parece escasamente consistente con la gravedad que suelen atribuir a la acción de abortar para justificar su sanción penal).

### *La proporción entre daño y pena*

En la valoración moral del aborto no sólo debe tenerse en cuenta el valor del no nacido como bien potencial —valor, insisto, gradual y no absoluto ni configurable como un derecho propiamente dicho del embrión o el feto—, sino también otros bienes en juego, que ponen de manifiesto la existencia de daños derivados de la prohibición rígida de los abortos tempranos deseados por la mujer. Me referiré a tres tipos de daños: el daño en los hijos no deseados, los riesgos para la salud de las mujeres y, en fin, la doble discriminación social que a éstas se les impone.

Aunque sin duda algunos de los hijos inicialmente no deseados terminan siendo bien aceptados en un seno familiar que constituye un ambiente favorable para su educación, este resultado, lamentablemente, no siempre está garantizado. Un psiquiatra, especialista en salud pública, como Luis Rojas Marcos ha escrito que los estudios sobre el tema «demuestran claramente que los hijos indeseados, cuando llegan a la edad adulta, sufren con desproporcionada frecuencia trastornos de conducta, alcoholismo, drogadicción y tienen a menudo problemas de criminalidad (13)». Sin duda, puede añadirse, entre las causas de la existencia de ambientes familiares educativamente desfavorables se han de contar las dificultades sociales para conseguir un aborto en circunstancias de necesidad. Por ello, la prohibición severa del aborto, en la medida que sea efectiva, sin duda contribuye al aumento de familias desarticuladas y de abandonos o semi-abandonos de los hijos que, además de ser semilleros de la violencia, propician vidas desgraciadas que no pueden contarse ingenuamente entre los bienes de este mundo: como ha dicho James Trefil, obligar a tener un hijo no deseado «puede crear una vida miserable para el niño, con un sufrimiento que con toda probabilidad persistirá durante generaciones. Franca-mente, no puedo imaginar un acto humano más profundamente diabólico que traer al mundo a un hijo no deseado».

En segundo lugar, la prohibición penal del aborto —de nuevo en el supuesto de que sea efectiva, aunque sea sólo parcialmente— produce una cifra importante de muertes y graves enfermedades en mujeres

---

(13) *Las semillas de la violencia*, Espasa-Calpe, Madrid, 1995, p. 213.

que provocan sus abortos en condiciones sanitarias inadecuadas: la Organización Mundial de la Salud ha estimado que anualmente mueren alrededor de 200.000 mujeres por esta causa. El recurso a personas sin cualificación y la auto-aplicación de técnicas toscas e imprudentes (como la perforación mediante una aguja) son efectos indirectos de las prohibiciones legales del aborto, que suelen perjudicar a las mujeres de menor cultura y con menores apoyos sociales. Evitar este tipo de daños, por lo demás, es una razón de política criminal añadida a las anteriores para excluir las propuestas de castigar penalmente sólo a los médicos que practiquen abortos, lo que podría tener el efecto de abrir la puerta a la incompetencia de personas ignorantes o desaprensivas.

En último término, la punición del aborto genera una doble desigualdad en los hechos, más allá de la genérica enunciación abstracta de la ley: a la mencionada desconsideración hacia la dignidad y la autonomía de las mujeres penalmente obligadas a parir, que resulta claramente discriminatoria respecto de los hombres, la prohibición del aborto tiende a ser además injustamente desigualitaria de hecho dentro de las propias mujeres, pues sus efectos negativos se ceban más gravemente, si no exclusivamente, en quienes tienen menos medios culturales y económicos para procurarse abortos seguros y legales, en el extranjero si llega el caso. Esa carencia de medios, que puede afectar a un sector de las mujeres maduras, es además muy grave en cuanto tiende a cebarse en otro sector especialmente desamparado, como es el de las adolescentes embarazadas (14).

## Conclusión

El conjunto de las razones aquí desarrolladas, sean más directamente éticas o sean de política criminal, abonan las medidas despenalizadoras de los abortos socialmente típicos, que son los provocados por embarazos no deseados por motivos que comprometen seriamente el conjunto de la vida de la mujer. El aborto, por la naturaleza psicológica del embarazo y por su carácter médico invasivo, no es nunca para la mujer un acto trivial. Entre la mucha literatura que he leído sobre el tema, nunca he visto a nadie al que se pueda llamar propiamente «pro abortista» ni, todavía menos, al que pueda caracterizarse con justicia

(14) Según un estudio del Instituto de la Juventud, la mitad de las embarazadas menores de 19 años recurre al aborto, estimándose que en España quedan embarazadas anualmente unas 25.000 (*El País*, 13 noviembre 1995, p. 30).

El número de embarazos y abortos de jóvenes y adolescentes es muy elevado también en las cifras más reducidas aportadas por la ministra de Sanidad en el Congreso, sobre abortos realizados en clínicas autorizadas, de los que en 1994 el 14% de 1994 correspondieron a menores de 20 años (6.695 del total de 47.832), habiéndose producido un ligero aumento sobre el porcentaje habitual desde 1990 (Ver *El País*, 19 de noviembre 1995, p. 27).

como defensor de una «cultura de la muerte». En realidad, los autores de esta crítica, obispos valedores de la doctrina oficial de la Iglesia católica, parecen más preocupados por la existencia formal de ciertas normas que por las prácticas realmente existentes en la sociedad. Esa es, al menos, la impresión que da su preocupación, más dirigida hacia el Estado y los poderes públicos que a la sociedad, antes por la ley actualmente vigente y su eventual ampliación que por el alto número de abortos que realmente se practican. De esa realidad social, muy difícilmente afectable por las leyes, no se oye hablar a los obispos.

Pero las leyes penales tienen sus límites. Hay muchas acciones que la sociedad, a través de las normas y las instituciones jurídicas, puede emprender para aliviar los problemas que subyacen a la existencia del aborto y que, en un cierto grado, pueden ayudar a reducir su número: la creación de centros de planificación familiar, las campañas de información sobre anticonceptivos, la facilitación de medios e intervenciones médicas que garanticen la anticoncepción, las ayudas sociales para madres solas, etcétera). Sin embargo, en lo que se refiere al uso de la ley penal, la alternativa que el aborto plantea es muy simple y tajante, pues ante un embarazo no deseado únicamente existen dos opciones básicas para la sociedad: o excluir la pena permitiendo la realización de los abortos en condiciones sanitarias apropiadas, o exigir con amenazas penales la llegada a término del embarazo.

La primera opción tiene muy distintas razones en su favor, y predominantemente, desde mi punto de vista, los derechos de las mujeres afectadas, muchas de ellas adolescentes o jóvenes. Pero aunque se mantenga otro punto de vista, la segunda opción, como la experiencia mundial muestra hasta la saciedad, no asegura que no se provoquen innumerables abortos, sino sólo, si acaso, que se realicen en condiciones sanitarias inadecuadas. Y esta inutilidad de la opción represiva es, por sí sola, una de las más sólidas razones para no tomarla en serio.

---