

CUESTIONES DE VIDA Y MUERTE.
Los dilemas éticos del aborto
QUESTIONS ABOUT LIFE AND DEATH
The ethical dilemmas of abortion

CRISTINA GARCÍA PASCUAL
Universitat de València

Fecha de recepción: 27-9-06
Fecha de aceptación: 11-10-06

Resumen: *El aborto sigue siendo una cuestión controvertida entre los juristas. La discusión sobre la legitimidad o ilegitimidad del aborto voluntario se suele condensar en cuatro argumentos o tópicos del debate. En primer lugar, el argumento de quien afirma que resulta imposible prohibir el aborto con eficacia o lo que es lo mismo que las normas jurídicas a este respecto no son capaces de controlar o limitar la realidad. En segundo lugar, el argumento central de los llamados anti-abortistas, la tesis de la personalidad del feto (embrión o preembrión). En tercer lugar, la justificación del aborto voluntario a través de su presentación como estado de necesidad y finalmente, la afirmación de la legitimidad del aborto apoyada en la idea de libertad o autonomía de la mujeres. El examen de estos argumentos necesariamente debe detenerse en consideraciones de carácter moral de las que resulta extremadamente relevante conocer sus consecuencias o su posible o imposible traducción en normas jurídicas.*

Abstract: *The abortion continues being a highly controversial issue. Discussing abortion's legitimacy usually centres around four arguments. In the first place, there is an argument affirming that abortion cannot be legally prohibited with efficacy. It would conflict with effective implementation. Secondly, a central argument is the thesis of the personality of the fetus (embryon o preembryon). In the third place, abortion is justified with reference to a state of necessity. Finally, abortion's legitimacy would be based upon women's autonomy. The paper's task consists of delucidating the moral character of these four arguments and a consideration of their respective legal consequences.*



PALABRAS CLAVE: aborto, autonomía de la voluntad, feminismo

KEY WORDS: abortion, autonomy of the will, feminism

Entre los muchos argumentos que utilizan los defensores y detractores de la legalización del aborto algunos constituyen, ya, auténticos tópicos del debate, nunca cerrado, sobre el tratamiento que el derecho debería dar a la interrupción del embarazo. Partiendo de presupuestos morales, de posiciones jurídicas y políticas o de rigurosas reflexiones médicas a menudo nos encontramos ante un conjunto de lugares comunes ya tantas otras veces escuchados.

Quiero revisar aquí algunos de estos tópicos en relación a lo que podría ser la legitimidad o ilegitimidad (en algunos casos o de modo general en todos) de poner fin al embarazo. Especialmente, quiero revisar la relación entre la valoración del aborto, su fundamentación, su carácter moral o inmoral, legítimo o ilegítimo con el tratamiento jurídico que recibe o debería recibir. Muchas veces encontramos estudios sobre el aborto centrados en aspectos morales que no se traducen en propuestas jurídicas. Y sin embargo, respecto al aborto, no se trata solamente de describir la acción y de calificarla si no de concretar que tratamiento legal sería el adecuado. Debemos tener en cuenta, pienso, que la regulación que el derecho deba dar al aborto es un problema jurídico-político pero también aquí podemos encontrarnos ante una cuestión moral.

Examinaré, así, cuatro argumentos sobre la interrupción del embarazo. En primer lugar, (i) consideraré la afirmación de que es imposible prohibir el aborto con eficacia. Es decir, la posición de aquellos que constatan la realidad del aborto en todas las sociedades y como el derecho resulta del todo ineficaz en su prohibición o incluso regulación. Se trata de una cuestión previa, en la medida en que, de ser cierta, cualquier otra consideración podría resultar banal, al menos, jurídicamente. En segundo lugar, (ii) me detendré en el argumento estrella de los llamados antiabortistas: la afirmación de la personalidad del feto (preembrión y embrión). Argumento que coherentemente debería llevar a la más radical prohibición del aborto, la persecución policial de las abortistas y su tratamiento penal. Como veremos, quienes afirman que el feto es una persona tienen serias dificultades para traducir esta afirmación en términos jurídicos.



En tercer lugar, (iii) examinaré la consideración del aborto como estado de necesidad, es decir, la posición de quienes consideran que siendo el mundo desigual y difícil la situación de muchas mujeres, hay que admitir el aborto en algunas situaciones límites. Aquí, el feto no es una persona pero sí un principio de vida humana que debe ser protegido por el derecho. Así, se defiende una postura jurídica intermedia entre la radical prohibición del aborto y su liberalización. Más concretamente, se demanda una prohibición general del aborto, con algunas excepciones o supuestos allí donde se considere que la dramática situación de las mujeres no debe ser agravada con el tratamiento penal. En último lugar, (iv) analizaré el argumento fundamental de los defensores de la despenalización del aborto: la autonomía de las mujeres, la autodeterminación sobre lo que ha sido denominado su propio poder generativo.

Los cuatro argumentos a examinar no aparecen ordenados en argumentos “a favor” o argumentos “en contra” de la legalización del aborto voluntario puesto que mi pretensión primera es poner en evidencia la debilidad o fortaleza de esos mismos argumentos con independencia del fin que pretenden sustentar.

1. LA IMPOTENCIA DEL DERECHO FRENTE AL ABORTO

Algunos juristas y no pocos actores de la vida política afirman que la realidad del aborto difícilmente se puede contener con las normas jurídicas. Apoyándose en datos estadísticos se sostiene que el aborto es una realidad en todos los países y en todas las culturas y que su ilegalización, antes de disuadir a las mujeres de su práctica, sólo consigue convertirlo en hecho clandestino, en un problema de salud pública. Obviamente, un ordenamiento jurídico no puede exigir lo imposible y tampoco parece razonable emitir una prohibición válida pero que se sabe va a resultar ampliamente ineficaz. Si pese a su prohibición el número de abortos se mantiene constante en las sociedades contemporáneas habrá que concluir en la futilidad de la norma prohibitiva.

Ciertamente, el derecho no lo puede todo y en relación a la interrupción del embarazo, o, por ejemplo, al consumo de drogas, el ejercicio de la libertad parece imponerse, a menudo, por encima de prohibiciones. Este tipo de constatación, sirve, en el marco del debate sobre la relación del derecho con el aborto, para exigir que la discusión se traslade de lo moral o jurídicamen-

te justificado a la valoración de lo jurídicamente posible. La realidad se convierte, así, en el mejor argumento a favor de la legalización del aborto.

Como pone de manifiesto Luigi Ferrajoli “las prohibiciones no sólo deben estar “dirigidas” a la tutela de los bienes jurídicos, deben ser “idóneas”. El principio de utilidad y el de separación entre derecho y moral obligan a considerar injustificada toda prohibición de la que previsiblemente no se derive la eficacia intimidante buscada, a causa de los profundos motivos – individuales, económicos o sociales– de su violación; y ello al margen de lo que se piense sobre la moralidad e, incluso, sobre la lesividad de la acción prohibida... La introducción o la conservación de la prohibición penal [si no disuade la conducta indeseada] no responde a una finalidad tutelar de bienes que, más aún, resultan ulteriormente atacados por la clandestinización de su lesión, sino a una mera afirmación simbólica de “valores morales”, opuesta a la función protectora del derecho penal”¹.

Abunda sobre esta línea argumentativa la constatación de que existe una disparidad entre las diversas regulaciones sobre la interrupción del embarazo y la realidad de cómo se aborta en muchos países. Un examen de las normativas sobre el aborto en el mundo nos muestra un abanico bastante amplio de regulaciones, que van desde la prohibición del aborto en todos los supuestos imaginables (normativa que afectaría a un 26% de la población mundial) hasta su legalización sin restricciones causales (afectaría al 41% de la población). Entre ambos polos, un amplio espectro de normativas que (respecto al 33% de la población restante) establecen un sistema de permisos para abortar siempre que concurren determinadas causas relacionadas con la situación socioeconómica de la mujer, la causa del embarazo o/y su salud física y mental. Teniendo en cuenta las dificultades para recabar datos sobre el número de abortos en el mundo, muchos estudios ofrecen cifras cercanas a estas: el número de abortos en todo el mundo al año parece estar en la cifra de 46 millones, de los cuales 20 millones son abortos ilegales². Una de las regiones con normativas más restrictivas en relación al aborto, América Latina, tiene una de las tasas más altas de abortos, 37 por cada 1000 mujeres. Se trata, insisto, de una de las tasas mundiales más altas sobre

¹ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. cast de P. Andres Ibañez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995, p. 473.

² Vid., S. K. HENSHAW, S. SING. S., T. HAAS, “La Incidencia de Aborto inducido a Nivel Mundial”, *Perspectiva Internacionales en Planificación Familiar*, n. especial 1999.



todo si tenemos en cuenta que se trata prácticamente en su totalidad de abortos ilegales. En el ámbito de la Unión Europea, Irlanda y Portugal³ poseen la legislación más restrictiva, lo que no impide en este último país un número constante de abortos en torno a los 20.000 anuales. Mientras que en Irlanda, donde es prácticamente imposible obtener servicios de abortos legales, por lo menos 6 de cada 1000 mujeres en edad reproductora aborta cada año. En Inglaterra o en Holanda, para abortar no se pide más que el cumplimiento de unos plazos y se prescinde de cualquier justificación material del aborto. Holanda es uno de los países con la tasa de abortos más baja del mundo. Distintos estudios comparados ponen de relieve que severas restricciones legales no garantizan una baja tasa de abortos.

Pero el desfase entre la reglamentación jurídica del aborto y la realidad del mismo no termina aquí. La tutela de la vida, de la vida del feto, considerado no como una persona sino más bien como un bien jurídico o un principio de vida humana digno de protección, conlleva que en muchos países se encuentren normativas que exigen a la mujer para abortar la justificación fundada de su decisión. Así, en Europa normativas como la española, despenalizan algunos supuestos de aborto voluntario (y por tanto los amparan con una cobertura médica pública) manteniéndose el marco de una prohibición general. Es decir, dentro de unos plazos es posible abortar siempre que concorra causa justificada⁴. En Italia, por ejemplo, en el marco de una ley de plazos se pide que "concurran circunstancias capaces de poner en peligro la salud física o psíquica de la mujer", circunstancias que debe verificar el médico o el consultor. En Francia, se permite el aborto en las primeras diez semanas de gestación sólo si la mujer embarazada está "angustiada" y acepta

³ La actual legislación portuguesa permite el aborto en caso de riesgo de vida o salud mental para la mujer hasta las primeras 12 semanas y hasta las 24 en caso de violación o malformación del feto. Pero también persigue y juzga a las mujeres que hayan sufrido un aborto voluntario y a los familiares que tengan conocimiento del mismo y no lo hayan denunciado. Ya se han celebrado varios juicios, el último de los cuáles ha sido aplazado debido a la presión de diversas organizaciones. Portugal ya sometió la legalización del aborto a referéndum en 1999 y ganó el "no", aunque la participación fue inferior al 50%. Ahora a iniciativa del Gobierno socialista, el Parlamento ha aprobado la convocatoria de un nuevo referéndum para despenalizar el aborto en las diez primeras semanas esperando una afluencia de votantes mayor.

⁴ Los últimos datos del Consejo Superior de Investigaciones Científicas indican que el número de abortos en España ha aumentado sostenidamente desde 1990 aproximándose a la cifra de 80.000 abortos anuales.



“consejo”. En Alemania, el aborto es libre en las 12 primeras semanas de embarazo siempre que la mujer se haya sometido previamente a lo que ha sido denominado un *striptease* psicológico. Esto es, debe haber pasado por dos centros de asesoría, en su mayoría tutelados por las iglesias católica o protestante, que teóricamente deben ejercer un papel disuasorio⁵. Digamos que en todos estos países la licitud del aborto en ciertos supuestos y/o dentro de ciertos plazos y su prohibición fuera de esos supuestos fijados o superando determinados plazos de tiempo, ilustra una doble preocupación de un lado por la tutela de la vida incluso antes de su concepción y de otro lado, por la autonomía de las mujeres o por lo que ha sido denominado su autodeterminación reproductiva.

Habría que añadir que estas normativas traducen también una idea más general, una visión del aborto como algo no deseable, probablemente inmoral, que debe ser limitado o que debe cubrirse con la proclamación de la angustia de la madre, su desequilibrio, su situación de necesidad.

De este modo, está permitido abortar si concurren, bien circunstancias objetivas, como puede ser que el que embarazo se produjera por medio de una violación, el peligro para la vida de la madre o que el feto sufra malformaciones, bien circunstancias subjetivas, como la angustia o el desequilibrio psíquico en que la mujer misma se encuentra o podría encontrarse si el embarazo siguiera adelante. También son muchos los países en que se obliga a la mujer a aceptar consejo o a ser informada de las alternativas a las que podría recurrir en el caso en que desistiera de su decisión de abortar. Es como si se quisiera expresar a través del derecho que el aborto no es un método anticonceptivo y que su uso debe reducirse sólo a situaciones de especial gravedad.

Pero en la realidad, la exigencia de justificación material se transforma, o en una especie de expiación de culpas, humillación de la mujer o en un mero trámite vacío de contenido real. En el ámbito de la sanidad pública, a menudo el aborto se convierte en un tortuoso camino burocrático en el que se dilatan los plazos (con el consiguiente crecimiento del feto) y se culpabiliza a la mujer. El servicio público tal como está organizado en muchos países puede decirse que anima a las mujeres a acudir a la sanidad privada. Si las

⁵ Juan Pablo II a través de una carta instaba a los obispos alemanes a no extender más “licencias de muerte” o certificados que atestiguaran que se había pasado por la asesoría. Esta exigencia del anterior Papa muestra como la reclamación de justificación material de las decisiones personales puede convertirse o en algo hipócrita, en un trámite meramente burocrático



mujeres no tienen recursos económicos y/o no se quieren prestar a esos procedimientos burocráticos, solo les quedan opciones que están fuera de la ley con el consiguiente peligro para su salud. Con prohibición general o sin prohibición general la situación vista desde esta perspectiva se puede reconstruir como un problema de medios económicos. Una mujer con dinero (dentro de los supuestos en los que el aborto es legal o fuera de ellos) no acudirá a la sanidad pública, no pasará por entrevistas, o repetición de análisis, ni por la tortura de los plazos que se dilatan sino que resolverá su pretensión en una clínica privada o en el extranjero. Una mujer sin dinero acudirá cuando sea posible a la sanidad pública con lo que ello conlleva, y si no al llamado aborto clandestino.

La prohibición del aborto, circunscrita a unos supuestos, lleva en algunos países a un sistema de protección del derecho a la salud de las mujeres desigualitario y claramente deficiente, que empuja a las mujeres con suficientes ingresos económicos a la sanidad privada tanto en los supuestos de abortos permitidos por la ley como en los no permitidos.

No obstante, esta experiencia común de tantos países donde se prohíbe el aborto (en todos o en algunos supuestos) y donde, sin embargo, las mujeres siguen abortando en un número que se revela bastante constante, o la disparidad entre una regulación que pretende hacer que las mujeres muestren su sufrimiento ante el aborto y a la vez permite que esta demostración se desenvuelva como un mero trámite, no me parece suficiente para sostener la futilidad de las prohibiciones sobre el aborto. En realidad, considero que el problema es otro y tiene que ver con la hipocresía social en torno a este tema y sobre todo con la incapacidad, por radical que se sea en la lucha contra el aborto o en la defensa de la vida de embriones o fetos, de defender con coherencia los propios postulados. Antes que afirmar la incapacidad del Derecho para prohibir determinadas acciones cabría valorar los pocos esfuerzos que desde las administraciones públicas se realizan para hacer valer las normativas sobre el aborto. Tendríamos que preguntarnos el porqué se producen leyes en este campo que no se piensa aplicar. En muchos países se tolera el aborto ampliamente (preferentemente cuando la mujer lo puede financiar) y a la vez se mantienen normas restrictivas del mismo que parecen tener efectos meramente retóricos. La ley prohíbe abortar o impone serias restricciones al aborto y la conciencia pública queda a salvo, mientras que la experiencia del aborto se desenvuelve en un terreno invisible, sobre todo para quien no la quiere ver.



En realidad, si partiéramos de una legislación basada en el derecho a la vida de fetos o embriones, por ejemplo, se podría desarrollar todo un sistema de vigilancia sobre las mujeres que redujera el aborto clandestino. Un terrible ejemplo es sin duda el régimen rumano en los años oscuros de la dictadura de Ceaucescu. Para conseguir que la prohibición del aborto fuese efectiva, durante muchos años en Rumania, se hacían revisiones mensuales en las fábricas en las que se comprobaba si las trabajadoras estaban embarazadas haciendo así difícilísimo el ocultamiento de su estado. Ciertamente no es esta mi propuesta, ni es tampoco una alternativa para los regímenes democráticos que mayoritariamente no parten del reconocimiento del feto como persona, solo intento destacar la diferencia entre afirmar que el derecho no tiene mecanismos para prohibir determinada acción y la falta de voluntad real de prohibirla.

La hipocresía del tratamiento legal que se realiza en tantos países europeos se refleja en que en muchos de ellos está prohibido abortar fuera de los supuestos legales, incluso en las primeras semanas del embarazo, y, sin embargo, existen bancos de embriones o de óvulos fecundados que terminan siendo desechados cuando alcanzan un número demasiado elevado para seguir conservándolos.

Creo entonces que antes que reconocer la imposibilidad de prohibir con eficacia el aborto habría que admitir la escasa voluntad de prohibirlo seriamente. Este desfase entre la ley y lo que se está dispuesto a hacer desde las administraciones públicas para que se cumpla, implica el abandono de la tutela de la salud de las mujeres y también de la protección de vida como principio general del derecho.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, creo que podemos reclamar legítimamente leyes realizadas con una correcta técnica legislativa y a la vez exigir que las normas nazcan con la voluntad de ser aplicadas. Pero, sobre todo y en este último sentido, debemos enfrentarnos al hecho de que en las sociedades contemporáneas, ni las instancias políticas o jurídicas parecen dispuestas a actuar contra las mujeres que abortan, ni la opinión pública a presenciar el espectáculo de mujeres que son tratadas como delincuentes y llevadas ante los tribunales por abortar.

2. EL ABORTO ES INMORAL POR QUE EL FETO ES UNA PERSONA

La afirmación de mayor fuerza argumentativa utilizada por los llamados antiabortistas a la hora de exigir la prohibición de la interrupción del embarazo es, sin duda, la consideración de que el feto y también el embrión



son seres humanos. Se trata de un argumento que parece lógicamente conducir a la prohibición del aborto y, desde luego, con muchos más medios y medidas de los que se suelen utilizar en las distintas legislaciones modernas al respecto. Sin embargo, bien porque el legislador excluye este argumento para fundamentar sus limitaciones al aborto, bien porque no lo toma en serio, aunque hipócritamente lo sostenga, es difícil encontrar una regulación de la prohibición del aborto consecuente con un presupuesto de tal fuerza⁶.

En el plano teórico, la afirmación del estatuto de persona del embrión y del feto hace tambalear muchos argumentos de los “proabortistas” y les obliga a menudo a hacer acopio de conocimientos médicos para intentar contrarrestar esa afirmación utilizada a menudo como dogma incontestable. Una a una las argumentaciones en defensa del aborto se miden con la afirmación de la personalidad del embrión. La libertad de la madre, su estado de necesidad, la preservación de su vida o salud... son afirmaciones que pierden fuerza si nos situamos en un escenario en que nosotros actuamos a modo de tercero entre las partes: una mujer y un niño con intereses contrapuestos.

La afirmación de que tanto el feto como el embrión son personas da lugar a teorías extremadamente radicales, como la del jurista J. Finnis, representativas de toda una línea argumentativa en torno al aborto. Para este conocido profesor de Oxford, la personalidad del feto anula cualquier justificación del aborto. No cabría considerar, por ejemplo, la fragilidad socioeconómica de la mujer, ni su equilibrio psíquico, ni siquiera es valorable que el embarazo sea el producto de una violación o que la continuación del embarazo ponga en peligro la vida de la mujer. Si el feto es una persona, ninguna de estas razones es suficiente para justificar un homicidio. Es decir, parece ya gratuito que nos planteemos la legitimidad del aborto puesto que la prohibición del homicidio se extiende sobre él y da igual que la mujer embarazada haya sido violada o esté en una situación límite... El aborto sería claramente inmoral, tan inmoral como el homicidio y por tanto igualmente punible.

⁶ En Irlanda, donde en el propio texto constitucional se proclama la personalidad del feto y por lo tanto se prohíbe el aborto en cualquier situación, se han aprobado cambios constitucionales que permiten que las mujeres irlandesas puedan abortar en el extranjero. De este modo ahora es posible distribuir en Irlanda información relativa a prácticas abortivas en otros países. Si la afirmación de que el feto es un ser humano fuese asumida como un dato indudable ¿cómo se podría justificar que un Estado dejase salir a sus ciudadanos con intención de cometer un homicidio fuera de sus fronteras?



En palabras del propio Finnis, el aborto es “una decisión que no tiene más remedio que caracterizarse como decisión *contra* la vida (matar)”⁷. De manera –dirá– que la “condena del aborto terapéutico no parte de un prejuicio contra las mujeres o en favor de los niños, sino de una recta aplicación de la solución de un caso a otro, sobre la base de que la madre y el niño son igualmente personas en las que debe plasmarse el valor de la vida humana (o el “derecho a la vida” respetado) sin ser atacado”⁸.

Si la mujer embarazada y el feto son igualmente personas será difícil para un tercero discernir a quién debe salvar y a quién debe dejar morir o, si se quiere, quién debe morir para que el otro viva. En esta situación, el jurista australiano considera que es relevante remarcar la absoluta inocencia del feto y la prohibición bíblica de no matar al inocente ni al justo. El cuadro del embarazo parece así representado como una relación entre dos seres que provisionalmente se encuentran en relación de mutua dependencia. El feto representa, entonces, la parte débil que debe ser protegida por el Estado frente a las agresiones de la otra parte, considerada no como una víctima sino más bien como un agresor o incluso un posible verdugo.

De la misma manera que no es admisible sacrificar la vida de un inocente para salvar a otro, no es permisible acabar deliberadamente con la vida del feto para salvar la vida de la madre. Aquí Finnis introduce la llamada teoría del doble efecto⁹. Es decir, para ayudar a la mujer gestante cuya vida está en peligro podrían legítimamente realizarse algunas acciones aunque traigan como consecuencia (un mal efecto) la muerte del feto, pero sólo cuando esa muerte, ese efecto previsible, “no se pretenda como medio, ni como fin y por tanto no determine el carácter moral del acto”¹⁰. Desde la teoría del doble efecto no es aceptable, entonces, que en defensa de una vida humana se realicen acciones dirigidas directamente a producir la muerte del feto. La afirmación de que el feto, el embrión o el mismo óvulo fecundado son personas, exige, por tanto, para el profesor de Oxford, ante una situación de peligro para la vida de la madre gestante y en aplicación de la doc-

⁷ J. FINNIS, “Pros y contras del aborto” en AA. VV., *Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral*, Debate, 1983, p. 118

⁸ *Ibid.*, p. 127

⁹ Es decir que el mal efecto de una acción no es ni el medio ni el fin que se pretende, y, por tanto, no determina el carácter moral del acto como decisión de no respetar uno de los valores humanos básicos.

¹⁰ J. FINNIS, “Pros y contras del aborto”, *op. cit.*, p.130.



trina del doble efecto, una pormenorizada valoración de supuestos y enfermedades encaminada a separar las prácticas morales de las inmorales.¹¹

La casuística se impone, y, sin embargo, los criterios guía para discernir entre acciones morales e inmorales están lejos de ser precisos. Si depende de la intención con la que se realiza la acción en el caso del aborto terapéutico, la muerte del feto bien puede presentarse siempre como una consecuencia indeseada. Finnis nos ofrece mayores precisiones, la acción a realizar en ayuda de la mujer gestante en peligro de muerte tiene que cumplir tres requisitos: (i) se habría tomado igualmente si la víctima (es decir, para Finnis, el feto) no hubiera estado presente. "Si es así, hay base para decir que el mal aspecto de la acción, es decir, sus efectos mortales sobre la víctima (el niño) no se pretenden ni deciden como fin ni como medio, sino que son efectos colaterales completamente accidentales que no tienen por qué determinar el carácter de nuestra acción como (no) respetuosa de la vida humana."¹² Se trata de algo parecido a los famosos efectos colaterales de los conflictos armados, es decir, efectos no queridos pero que se tiene la seguridad de que se van producir en cualquier acción bélica. Como vemos la distinción es verdaderamente sutil puesto que afirmamos que no queremos lo que sin duda va a ser la consecuencia de nuestros actos.

En segundo lugar, (ii) la persona que toma la decisión es la que está amenazada por la "víctima". De lo que se entiende que si la mujer necesita una medicina para salvar su vida que producirá el efecto de matar al feto ésta sólo se administrará a petición de la mujer que podría decidir morir sin que esto para Finnis se pueda considerar un suicidio¹³. La vida que, está este

¹¹ Así, puntualiza Finnis no se trataría de condenar "la administración de medicinas a una mujer embarazada cuya vida está amenazada, por ejemplo, por la alta fiebre (provocada por el embarazo o no), aunque se sepa que esas medicinas tienen el efecto colateral de producir un aborto. No es una condena de la extracción del útero canceroso de una mujer embarazada, aunque se sepa que el feto en su interior no es aún viable, y por tanto morirá. Es dudoso que sea una condena de la operación necesaria para poner en su lugar el útero desplazado de una mujer embarazada cuya vida está amenazada por el desplazamiento, aunque se sepa que la operación necesita el drenaje del líquido amniótico necesario para la supervivencia del feto" (J. FINNIS, "Pros y contras del aborto", *op. cit.*, p 127).

¹² *Ibid.*, p. 132

¹³ Toda la argumentación de Finnis gira en torno a la idea de la indisponibilidad del derecho a la vida (incluso cuando se trata del propio titular de ese derecho), sin embargo, la afirmación de que la madre puede negarse a tomar una medicación o a someterse a una intervención que le salvaría la vida pero causaría la muerte del feto significa afirmar justamente lo contrario. Una crítica en este sentido puede encontrarse en D. BEYLEVELD, R. BROWNSWORD, *Human dignity in bioethics and biolaw*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p.156 y ss.

momento, parecía un bien indisponible, incluso por su propio titular, se convierte ahora, en la argumentación del profesor de Oxford, en algo renunciable. Digamos que en este complejo entramado de consideraciones para discernir entre lo moral y lo inmoral, donde el sujeto que toma las decisiones no es, en vía de principio, la mujer, en un contexto en que el feto es víctima y la mujer verdugo, el único espacio de decisión que Finnis otorga a las mujeres gestantes es la posible elección de morir.

En tercer lugar, (iii) la acción elegida debe implicar sólo una negación de ayuda y socorro a alguien pero nunca una intervención real que se concrete en un ataque al cuerpo de esa persona.¹⁴ Pretensión difícil cuando estamos hablando de una situación en la que la vida de la madre está en peligro y donde una rápida intervención puede favorecer su salvación, frente a una no acción, es decir, una simple espera de la muerte del feto.

La lectura de Finnis nos ofrece una imagen del embarazo como una situación en que la mujer constituiría un simple contenedor¹⁵, un cuerpo que contiene a otro cuerpo, de manera ocasional. Una imagen que, ciertamente, no da cuenta de la especialísima relación que se establece entre la madre y el feto. En Finnis, lo que constituye una relación única, en cierta medida simbiótica, irreducible a una unidad y, sin embargo, imposible de deslindar en dos realidades diversas, nos aparece como una relación de intereses contrapuestos, entre una víctima y un verdugo. La intervención del Estado se considera necesaria para proteger a los niños frente a madres desaprensivas.

El hilo argumental del profesor australiano plantea muchas dudas pero, sin embargo, si partimos de que el feto es una persona, algunas de sus afirmaciones no son más que la estricta consecuencia de esa premisa. Cabe afirmar que Finnis no desarrolla su discurso hasta sus últimas consecuencias. Es decir, al final no realiza una propuesta de tratamiento jurídico del aborto. Obviamente sus palabras nos llevan hacia una legislación prohibitiva, pero ¿cuál debe ser la pena impuesta a las mujeres por abortar? ¿debe imponerse la misma pena en todos los supuestos, por ejemplo sin hacer diferencias entre abortos tempranos o tardíos? Cuando una mujer embarazada se encuentre en una situación de peligro para su salud ¿quién debe vigilar que se ob-

¹⁴ *Vid. Ibid* p. 135

¹⁵ Tamar Picht hace especial hincapié en esta idea de las mujeres como meros contenedores o máquinas reproductoras, idea que solo puede construirse sobre la separación entre la madre y el feto. (Cfr., T. PICHT, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, trad. cast. de Cristina García Pascual, Madrid, Trotta, 2003, p.78 y ss).



serva la doctrina del doble efecto? ¿Si se prohíbe el aborto de modo general, se permitirá a las nacionales abortar en el extranjero? Como digo, Finnis no concreta las respuestas a estas cuestiones, no obstante, siendo que considera el aborto inmoral en cuanto que constituye la muerte de una persona, coherentemente podemos deducir que sostendrá un castigo para el aborto equiparable al del homicidio o incluso al del asesinato.

En este sentido, resulta muy sorprendente la insistencia de Finnis en la inocencia del feto como si la inocencia o culpabilidad justificaran la muerte de los seres humanos. Por otra parte, se trata de un argumento muy utilizado y que suele acompañar a la afirmación de la personalidad del feto. Cabe al respecto dos consideraciones. De un lado, calificar al feto de inocente parece inadecuado a no ser que para el jurista de Oxford la inocencia sea igual a inconsciencia. ¿Puede ser inocente quien no puede ser culpable, quien no puede actuar, quien no puede comprender todavía la diferencia entre el bien y el mal? Ciertamente el feto no es ni inocente ni culpable, tampoco es bueno o malo¹⁶.

De otro lado, al menos en Finnis, la insistencia en la inocencia del feto como argumento que sostiene la ilegitimidad del aborto pone en evidencia que ante un ser humano culpable no estarían vigentes las mismas razones a la hora de respetar su vida. En definitiva, con la afirmación de la inocencia del no nacido, Finnis pretende salvar la contradicción evidente que existe entre manifestarse contra el aborto como acción contra la vida y justificar la pena de muerte¹⁷.

¹⁶ Dice el teólogo español Jose I. Gonzalez Faus que el *nasciturus* “no puede ser llamado “inocente” porque está todavía más aca de toda posibilidad moral. La vida humana es una realidad dinámica pero la inocencia no lo es. El feto es tan inocente como puede serlo una piedra o una planta. Todo esto permite sospechar que no es una razón moral, sino una razón interesada la que está debajo de este modo de argumentar” J. I. GONZALEZ FAUS, “El Derecho de Nacer, Crítica de la razón abortista”, *Cristianisme i Justicia*, nota12, p. 20.

¹⁷ FINNIS sostiene que la única justificación de la pena es la retribución. Es decir, “el restablecimiento de un equilibrio de justicia que el crimen, esencialmente una voluntaria elección de anteponer la propia libertad de acción a los derechos de los otros ha necesariamente turbado”. (Vid. J. FINNIS, *Moral absolutes. Tradition, Revision and Truth*, The Catholic University of America Press, Washington, 1991 p. 80). Por lo que respecta a la pena de muerte Finnis hace especial hincapié en la intención de la acción, puesto que ningún caso es moralmente admisible la realización de un mal para obtener un bien. En consecuencia afirma: “parece que puede sostenerse que, en la medida en que la acción elegida [la pena capital] actúa inmediatamente y por sí misma el bien de la justicia retributiva, la muerte de un condenado no es elegida ni como fin en sí mismo ni como medio para un fin ulterior”. (Vid. J. FINNIS, *Moral absolutes. Tradition, Revision and Truth*, op. cit., p. 80)

Si se sostiene hasta sus últimas consecuencias que óvulo fecundado, preembrión, embrión y feto son personas y, por lo tanto, darles muerte deliberadamente es equiparable a un homicidio o un asesinato, no cabe esperar para las mujeres que abortan más que una condena de cárcel idéntica a la prevista en el código penal para los delitos anteriores. ¿Por qué tendríamos que hacer diferencias? Pero Finnis no solo no se detiene ahí sino que subraya la inocencia más absoluta del feto. Abortar no es solo matar, sino matar inocentes. Su posición no es la de quienes proclaman el respeto a la vida en cualquiera de sus manifestaciones y por tanto se manifiestan contra al aborto pero también sin duda contra la pena de muerte. Aquí, muy al contrario, la posición antiabortista sostiene la personalidad del feto haciendo del mismo sujeto de derechos, intereses y pretensiones, remarcando su inocencia. No es una exaltación de la vida sino una protección de derechos legítimos. El feto es inocente y no podría ser de otra manera, demandar la pena de muerte para alguien que da muerte a un inocente no dejaría de ser más que la consecuencia de una argumentación coherente.

La feminista americana Judith Jarvis Thomson defiende la legitimidad del aborto voluntario intentando no entrar en la discusión sobre el estatuto del feto. Aunque partiéramos de la consideración de que el feto es una persona cabría para Thomson considerar moralmente admisible el aborto en algunos supuestos. El hilo de su argumentación gira en torno a un situación imaginaria, formulada ya hace muchos años pero que sigue teniendo una gran difusión en el debate sobre el aborto: “usted se despierta una mañana y se encuentra en la cama con un violinista inconsciente. Un famoso violinista inconsciente. Se le ha descubierto una enfermedad renal mortal, y la Sociedad de Amantes de la Música ha consultado todos los registros médicos y ha descubierto que sólo usted tiene el grupo sanguíneo adecuado para ayudarle. Por consiguiente le han secuestrado, y por la noche han conectado el sistema circulatorio del violinista al suyo, para que los riñones de usted puedan purificar la sangre del violinista además de la suya propia. Y el director del hospital le dice ahora a usted: ‘Mire, sentimos mucho que la Sociedad de Amantes de la Música le haya hecho esto, nosotros nunca lo hubiéramos permitido de haberlo sabido. Pero, en fin, lo han hecho, y el violinista está ahora conectado a usted. Desconectarlo significaría matarlo. De todos modos, no se preocupe, solo es para nueve meses. Para entonces se habrá recuperado de su enfermedad, y podrá ser desconectado de usted sin ningún peligro’”¹⁸:

¹⁸ J. JARVIS THOMSON, “Una defensa del aborto”, trad. cast. de Montserrat Millán en AA. VV., *Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral*, op. cit., p.11.



Siguiendo a Thomson, su rocambolesca situación imaginaria nos debería mostrar que, aunque se trate de vidas humanas, en determinadas ocasiones no se puede exigir a las mujeres que lleven adelante un embarazo, de la misma manera en que no resultaría exigible para cualquiera de nosotros que nos prestáramos durante nueve meses a continuar conectados con nuestro violinista. Dicho en otras palabras, para Thomson también el derecho a la vida tiene sus límites, en su nombre no se puede pretender determinados sacrificios de terceros. De modo, que se podría afirmar que el que un hombre tenga derecho a la vida “no garantiza que tenga derecho a que se le conceda el uso de lo que necesita para vivir, ni que tenga derecho al uso continuado de lo que usa actualmente y necesita para vivir.”¹⁹

Si bien es cierto que comparto esta idea de los límites del derecho a la vida creo, sin embargo, que el artificioso ejemplo de Thomson, a su pesar, nos devuelve necesariamente a la discusión en torno a la afirmación de que tanto el feto como el embrión son personas.

Si hablamos de vidas humanas, su protección resulta un principio moral a la vez que un exigencia jurídica. Podría dudarse entonces de la legitimidad de desconectar al violinista de mi cuerpo si eso le produjese su muerte. Y ello a pesar de la ilegalidad e inmoralidad de haberlo conectado sin mi consentimiento. La vida de alguien que tiene sentimientos, capacidad de sufrir y autoconciencia es valiosa en sí misma. Para el propio violinista, tal vez para su familia o también para la humanidad, su vida es preciosa y la pretensión del músico de vivir unos años, meses o incluso unas horas es legítima ética y tal vez jurídicamente.

Si pienso ahora en la relación del feto o del embrión con su madre me parece estar ante un problema totalmente diverso. El valor del feto gira en torno a su viabilidad, a su capacidad para convertirse en un nacido, para sobrevivir fuera de la madre. No parecería razonable mantener a un feto con vida en el seno materno si tuviésemos la seguridad de que nunca iba a crecer, a desarrollarse, a transformarse en el niño que todavía no es. La vida del violinista tiene valor, no porque vaya a transformarse en persona, no porque vaya a superar su enfermedad, sino en sí misma, conectado o no a otro cuerpo que no es el suyo. El deseo de quedar embarazada y/o la responsabilidad frente a ese hecho natural a veces queda truncada de manera espontánea y la tristeza de la madre gira en torno a la pérdida del niño que podría

¹⁹ *Ibid.*, p. 144.



haberse desarrollado en su seno y no tanto a la pérdida de un feto. La madre quiere a un niño no a un feto y su decepción, su frustración no quedaría paliada si le aseguráramos la pervivencia de un feto que nunca dejará de serlo.

Ciertamente este es el nudo de la cuestión. Si el médico anunciase a una mujer encinta que el feto no evolucionará, no nacerá, en definitiva no va a ser viable ¿tendría sentido mantenerlo en vida unas semanas más? Muy diferente sería la respuesta si pensáramos en un niño, en un adulto, en el violinista, en definitiva, en una persona. Si el médico nos dice que tiene una patología mortal de la que no sanará parece más que justificado que pretendamos que viva el mayor tiempo posible aunque éste sólo sea unos días, horas o minutos.

La afirmación de que tanto el feto como el embrión son seres humanos, a menudo, se nos presenta como una cuestión científica y sin embargo ese supuesto carácter científico no parece pacificar los términos de la discusión. Se trata de una difícil cuestión incluso para los médicos que ponen de manifiesto cómo a medida que se producen nuevos adelantos en la medicina se rebaja el límite de los meses de gestación necesarios para salvar la vida a prematuros. Sin embargo, y pese a su complejidad, parece que todos coincidimos en una idea al respecto, o tal vez sea sólo una intuición, un pensamiento no demasiado reflexivo, sobre la diferencia entre los fetos y las personas, entre los embriones y la personas. Idea que hace que tantos gobiernos que prohíben el aborto toleren ampliamente el incumplimiento de tal prohibición. La idea o la intuición de que no es igual una mujer que aborta que una mujer que mata a su hijo, que no es igual abortar espontáneamente que sufrir la muerte de un hijo.

Para defender restricciones jurídicas sobre el aborto o incluso su absoluta prohibición no es necesario afirmar la personalidad del óvulo fecundado, del embrión o del feto, parecería suficiente sostener la protección del valor de la vida en cualquiera de sus estadios o de ese principio de vida humana, que es el óvulo fecundado, único e irreplicable. Este, por otra parte y como sostiene Dworkin, podría ser un punto de encuentro entre los antiabortistas y aquellos que defienden la legalización del aborto en algunos supuestos. Tampoco para defender la legitimidad del aborto parece necesario negar que el embrión o feto constituyen una promesa de vida humana y que sobre ellos se invierten a menudo sentimientos y esperanzas. En la búsqueda de argumentos fuertes que sostengan las posiciones de unos y otros se llega a afirmar la personalidad del feto o, por el contrario, se nos ofrecen estudios



que avalan que el feto no es más que un conjunto de células sin capacidad para sentir. Argumentar de esta manera supone una reducción al absurdo. Por un lado, no se entendería por qué un aborto sobrevenido es causa de tristeza, sería lo mismo abortar en las primeras semanas de embarazo que en las últimas, tendríamos que albergar idéntica pena por la frustración de un embarazo en los primeros días que en el noveno mes, mientras que por otro lado tendríamos que considerar a las mujeres que abortan asesinas o poner por ejemplo serios límites a la libre circulación de la mujeres cuando se pensase que tienen en mente abortar en otro país.

3. ABORTO Y ESTADO DE NECESIDAD

En realidad, si dejamos a un lado la discusión en torno a la personalidad del feto, antiabortistas y defensores de la legalización del aborto podrían encontrar un punto de partida común en torno a su común preocupación y demanda de protección de la vida. Evitaríamos así la virulencia de la discusión, las graves imputaciones que tienden a equiparar a los defensores del aborto legal con una especie de teóricos del sadismo²⁰ y a los detractores con peligrosos fundamentalistas desalmados defensores de los óvulos fecundados por encima de la suerte de las mujeres. Ciertamente el reconocimiento del necesario respeto y protección de la vida humana, incluso antes del nacimiento, no constituye una premisa suficiente para que de ella podamos extraer una única conclusión. La discusión adquiere así una mayor complejidad y se nutre de múltiples matices.

Dice el teólogo español J.L. González Faus que “el feto todavía no es una persona humana en sentido pleno, como tampoco lo son el bebé recién nacido o incluso el niño antes del uso de razón”²¹, pero esta constatación no le impide presentarnos el aborto como una lacra social o como una expresión de deshumanización moral. Desde luego las posiciones de Gonzalez Faus se mantienen en la antípoda de las tesis extremadamente radicales de algunos defensores de los derechos de los animales como M. Tooley o Peter Singer. Para Tooley, por ejemplo, “un organismo tiene serio derecho a la vida sólo si posee la idea del ‘yo’ como sujeto continuo de experiencias y otros estados

²⁰ Sobre la construcción de la imagen de los defensores del aborto libre como sádicos, vid L. LOMBARDI VALLAURI, *Terre, Vita e pensiero*, Milan, 1989, pp. 43 y ss.

²¹ J. I. GONZALEZ FAUS, “El Derecho de Nacer”, cit., p.6.

mentales, y cree que es en sí mismo una entidad continua.”²² Un recién nacido no posee ciertamente esa autoreflexividad, no tiene derecho a la vida y por lo tanto el aborto y el infanticidio pueden considerarse acciones permisibles o, lo es que más, acciones moralmente aceptables.²³ En cambio, el sacrificio de determinados animales que si tienen conciencia de su propia existencia sería moralmente inaceptable o en palabras de Tooley el asesinato de personas inocentes.²⁴

No creo que sea necesario detenerse demasiado en esta última argumentación, bastaría decir que, con independencia de que el feto no tenga autoconciencia o lo que Tooley denomina el concepto de ‘yo’ continuo, es más que dudoso que esa situación le equipare a un animal o, mirando el argumento por el otro lado, no creo, tampoco, que sea moralmente admisible la acción indiscriminada de matar animales con la única justificación de su falta de reflexividad.

Pero, como apuntaba, la afirmación de que el feto no es todavía una persona sólo excepcionalmente conduce a este tipo de planteamientos. Más habitual y a la vez más razonable parece considerar al feto si bien no como una persona, sí como un principio de vida o, como se ha sostenido, un “viviente humano” en la medida en que su vida está programada para ser humana²⁵. Desde este punto de partida es posible construir una visión del aborto más compleja, que oriente la normas jurídicas no hacia el absurdo de equiparar el aborto a un asesinato sino a su valoración en relación a contextos y circunstancias. Este es el marco o el punto de partida presumiblemente de al-

²² M. TOOLEY, “Aborto e infanticidio”, en AA. VV., *Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral*, Debate, 1983, p.78.

²³ “La preocupación menor es dónde hay que trazar el límite en el caso del infanticidio. No es problema, porque no hay seria necesidad de saber en qué punto exacto adquiere un niño el derecho a la vida; en la gran mayoría de los casos en los que desea el infanticidio, la cuestión es evidente poco después del nacimiento. Como es prácticamente seguro que un niño en esa etapa de su desarrollo no posee el concepto del ‘yo’ continuo, y por tanto no tiene un serio derecho a la vida, hay excelentes razones para creer que el infanticidio es moralmente permisible en la mayoría de los casos en que se desea. El problema moral práctico se puede manejar satisfactoriamente eligiendo algún periodo de tiempo, como una semana después del nacimiento, por ejemplo, como intervalo durante el que se permitirá el infanticidio...La preocupación sería es si los animales adultos pertenecientes a especies distintas de la humana no pueden tener también serio derecho a la vida”. (*Ibid.*, pp.101 y 102).

²⁴ *Ibid.*, p. 102.

²⁵ J. I. GONZALEZ FAUS, J. I., “El Derecho de Nacer...”, cit., p.6.

gunas normativas europeas que partiendo de la inmoralidad general del aborto consideran, que en situaciones límite, el derecho no debería perseguir ni condenar algunos supuestos concretos.

Dicho de otra manera, el aborto voluntario sin más sería una acción inmoral que no podría dejar de aparecer en el código penal. Un ordenamiento jurídico, sin embargo, no puede exigir a las mujeres un comportamiento heroico. En algunas situaciones límite la acción de abortar no sería condenable: allí donde las condiciones psicológicas o socioeconómicas de las mujeres sean realmente penosas o donde tener un hijo sea una carga objetivamente insoportable.

Esté fue sin duda el argumento más usado en muchos países en los años sesenta y setenta (ochenta en España) cuando se debatían leyes sobre el aborto y éstas figuraban como uno de los elementos estelares en los programas electorales de los distintos partidos. También ha sido el argumento de humanidad de grandes sectores de católicos progresistas que, separándose de la postura oficial de la Iglesia, veían en muchas mujeres la representación de un sujeto débil al que la sociedad colocaba en situaciones de gran dificultad, de grave marginación. Un sujeto, cuya precaria situación, no merece un tratamiento penal²⁶.

Una argumentación de este tipo puede traducirse en términos jurídicos en una normativa que valora caso por caso. Ciertamente lo típico de las situaciones-límite es que no pueden universalizarse. Ante ellas, como se ha sostenido, "abogamos simplemente por el respeto ..."²⁷. El estado de necesidad se articula jurídicamente como una eximente de la responsabilidad que sólo se aprecia tras un juicio contradictorio. De este modo, si hay que valorar caso por caso y lo debe hacer un juez, tendríamos que someter a las mujeres (que presuntamente han abortado en una situación-límite) a un juicio y, si se apreciará estado de necesidad, el fallo de la sentencia sería la absolución. Este tipo de tratamiento jurídico me parece ciertamente cruel, humillante más aún en relación a mujeres que se encuentran en una difícil situación. Con independencia de lo denigrante que puede resultar para una

²⁶ En parte la legislación española actual y la de otros países europeos responde a estas consideraciones. Se afirma la ilegalidad general del aborto con su penalización y se exceptúan tres supuestos concretos en los que sería legal la interrupción del embarazo. Es legal abortar para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada, cuando el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación, cuando se presume que el feto habrá de nacer con grave taras físicas o psíquicas. (art. 417 bis CP).

²⁷ J. I. GONZALEZ FAUS, "El Derecho de Nacer...", cit., p.12.

mujer explicar su situación de necesidad ante un “tribunal”, si tenemos en cuenta la lentitud de la justicia y lo que significa de burocratización de una situación angustiosa, se trataría de una especie de tortura infligida justamente a aquellas mujeres cuya decisión dramática deberíamos “simplemente respetar”. Por ello, muchas normativas partiendo de la voluntad de no condenar el aborto cuando nos encontramos ante una situación especialmente gravosa para la mujer, articulan el estado de necesidad a través de una normativa que recoge aquellas situaciones en las que se considera lícito el aborto y por lo tanto tienen el amparo de la legalidad. La legislación española actual parece basada en esa idea²⁸. Así, en el marco de una prohibición general del aborto, cuando un embarazo ha sido producido por una violación, cuando la salud física o psíquica de la mujer peligra si continua con la gestación o cuando el feto presenta graves malformaciones se permite el aborto en consideración a la difícil situación que las mujeres afrontan.

Se establecen así unos supuestos en los que se presume que la mujer embarazada tendrá graves dificultades en proseguir con la gestación. Se presume, por ejemplo, que a una mujer violada no se le puede reclamar obligaciones morales o jurídicas, no se la puede perseguir penalmente, se trata, se nos dice, de reconocer una situación que nadie falto de compasión podría condenar. De manera que el Estado de necesidad como eximente de la responsabilidad que se sustancia tras un proceso penal o como inspiración de leyes despenalizadoras de algunos supuestos de aborto, es el resultado de una valoración cuyo presupuesto es que existen unas condiciones suficientes para traer un hijo al mundo (cuando concurren no sería legítimo el aborto y no debería ser legal) y unas condiciones objetivas en que resulta evidente que la gestación y la maternidad resultarían una carga insuperable y aquí se deja a la mujer decidir. Creo que en cualquier caso el argumento del estado de necesidad parte de una mala comprensión de lo que significa la gestación y la maternidad.

²⁸ La jurisprudencia del TC en materia de aborto también se apoya en la justificación del estado de necesidad en el que pueden encontrarse las mujeres para admitir la constitucionalidad de algunos supuestos de aborto voluntario. Dice el TC: “el legislador... puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos. Las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la Ley resultaría totalmente inadecuado -la sanción penal- para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible, pero que no lo es en ciertos supuestos concretos” (Sentencia 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 9º)



El embarazo puede ser querido, fruto de una decisión programada con antelación o por el contrario de una situación sobrevenida con la que no se había contado y que, sin embargo, se acepta o incluso se sobrelleva con resignación. Algunas mujeres están embarazadas y desean que la gestación siga adelante, otras se pliegan a una situación no deseada pero para la que no cabe a sus ojos realizar ninguna oposición. Tanto en un caso como en el otro el deseo, la aceptación o la resignación ante el embarazo responde a una decisión en gran parte subjetiva que difícilmente se puede juzgar desde fuera, y que no tiene que ver necesariamente con condiciones de estabilidad socioeconómica o con la razón por la que se ha producido el embarazo. Lo que para cualquiera de nosotros pueden ser condiciones adversas para tener un niño, para una mujer concreta puede ser el momento ideal, una posibilidad a aprovechar o una obligación moral de la que no se quiere sustraer. Son muchas las mujeres solas o de edad avanzada que deciden hacer frente a la maternidad y es una situación habitual en todos los tiempos la maternidad con escasos recursos económicos. La valoración del estado de necesidad exige, como apuntaba, condiciones de posibilidad e imposibilidad de la gestación objetivas y me temo que estas necesariamente terminan reducidas a condiciones económicas. Si una mujer está sola pero tiene dinero ¿por qué no podría sobrellevar una gestación? ¿por qué no podría hacerlo si es mayor pero tiene dinero? y ¿por qué debería abortar si está desequilibrada pero su familia tiene dinero? ¿y si el feto presenta graves malformaciones pero la gestante goza de una desahogada situación económica?

En este sentido, creo, pueden entenderse las palabras de González Faus cuando afirma que “no se puede hablar de aborto en general, sino que es preciso hablar del aborto de los ricos y aborto de los pobres. Pues el aborto de los ricos es siempre inhumano, pero el aborto de los pobres puede que no sea más que infrahumano”²⁹.

²⁹ *Ibid.*, p.11. En un sentido similar, el TC considera que la falta de prestaciones asistenciales para el cuidado de personas con enfermedades o discapacidades psíquicas o físicas hace que el aborto justificado por las graves taras físicas o psíquicas del el feto no deba ser penado. Sostiene el TC: “En efecto, en la medida en que se avance en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistencias que son inherentes al Estado social se contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización”. (Sent. 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 11º). Deberíamos imaginar que en un Estado que proporcionase la ayuda necesaria a las mujeres con niños discapacitados la reivindicación del aborto carecería de sentido.



No creo que el deseo de ser madre, o la simple voluntad de dejarse llevar por una situación no deseada, no buscada, se pueda valorar económicamente. Entre otras cosas por que es un deseo o una decisión en cierta medida irracional, si tuviéramos que valorar los riegos que correrá nuestra salud, los sufrimientos y sacrificios que nos puede exigir la maternidad, el dinero que tendremos que gastar, la cantidad de niños que hay en el mundo sin padres o incluso la superpoblación mundial, tal vez sería más razonable desistir en nuestra pretensión. Y sin embargo sobre ese deseo, sobre ese dejarse llevar, se perpetua la humanidad y se explica nuestra presencia en el mundo. Atribuimos ignorancia a cualquier mujer pobre (mayor, sola, con varios hijos pequeños...) que de nuevo queda embarazada y consideramos fría, calculadora, incluso delincuente, la mujer que sin problemas económicos desee abortar. Reducimos así la maternidad a cálculo económico en una sociedad como la nuestra en la que se pretende que todo tenga un precio, también los más íntimos deseos, los sentimientos, la fuerza interior que permite a las mujeres ver como se transforma su cuerpo, como cambian para el mundo, como se convierten en madres. Considero entonces que no es posible valorar la capacidad para afrontar un embarazo o la maternidad desde fuera, como quien juzga las condiciones ideales para realizar una actividad deportiva, o para afrontar un gran gasto. Resulta muy difícil juzgar sentimientos o deseos, tampoco parece que el derecho los pueda imponer. Si consideramos que hay situaciones en las que no se puede condenar a una mujer por abortar, antes que intentar tipificarlas deberíamos permitir a las mujeres expresar su decisión en la medida en que son ellas las que se encuentran en la mejor posición para valorar su presente y su futuro como madres. La violación, por ejemplo, nos recuerda Dworkin, "supone un desprecio repugnante y absoluto, pues reduce a una mujer a mero objeto físico, a ser una criatura cuya importancia se agota en su uso genital, alguien cuyo amor propio y sentido de sí mismo -aspectos de la personalidad que están particularmente en juego en el sexo- no tienen significación alguna excepto como vehículos de degradación sádica"³⁰. Obligar a una mujer a tener un niño concebido tras una violación³¹ sería "especial-

³⁰ Vid. R. DWORKIN, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, versión española de R. Caracciolo y V. Ferreres, Ariel, Barcelona, 1994, p.129.

³¹ No en vano durante el conflicto que tuvo lugar en la ex Yugoslavia una tortura a las mujeres musulmanas fue su confinamiento en "campos de violación" donde se las violaba repetidas veces y se las obligaba a tener hijos contra su voluntad. En el ámbito del derecho penal internacional se distingue como dos tipos diferente la violación del embarazo forzado y por otra parte se equipara este último a la esterilización forzosa (art. 7 Estatuto de Roma del Tribunal penal internacional) Si el embarazo forzoso es un tipo penal una específica clase de tortura ¿cuál es la diferencia entre que venga impuesto por un particular o el Estado?

mente destructivo de su realización personal, porque frustra sus decisiones creativas no sólo en el sexo, sino también en la reproducción”³² En este sentido, socialmente parece justificable que una mujer violada quiera abortar, incluso es probable que una mujer en esa situación reciba presiones de su entorno, de su pareja o de su familia, para que “solucione” cuanto antes su situación. Pero incluso en un caso tan terrible como el de una violación lo que para la sociedad sería comprensible y aceptable para una mujer concreta podría ser inaceptable. Una mujer cuyo embarazo es el fruto de una violación podría asumir la maternidad sin la terrible angustia que otra mujer embarazada tras una relación sexual querida podría sentir.

4. SACRALIDAD DE LA VIDA Y LIBERTAD DE LAS MUJERES

La especial relación que se establece entre el feto y la madre es una relación única, un proceso que implica todo el equilibrio psíquico-físico de la mujer. El embarazo supone una manera diferente de estar en el mundo y a la vez una manera diferente de ser percibida por los demás. La naturaleza ha dado a las mujeres la capacidad de procrear y una larga tradición de sexismo, transversal a todas las culturas, las ha consagrado como principales encargadas del cuidado de los niños. Las mujeres, a menudo solas, hacen posible que los niños lleguen a la edad adulta tanto en los países pobres como en los países del primer mundo. Que el costoso proceso del crecimiento de los niños descansa sobre los hombros de las mujeres es un dato de sobra conocido y, sin embargo, pocos son los países que pueden ofrecer un sistema de sostén adecuado para este tradicional trabajo femenino. Frecuentemente el nacimiento y cuidado de los hijos es un tarea que desarrollan las mujeres contra la adversidad tanto en el primer como en el tercer mundo.

La prohibición del aborto conlleva así la imposición de una obligación; la de ser madre o al menos la de ser gestante. Ciertamente, algunos opinan que se trata de una obligación menor y, en todo caso, pasajera si el nacido es dado en adopción. Se trata de valoraciones sobre la procreación que niegan la realidad compleja del embarazo y del parto, que consideran a la mujeres como máquinas incubadoras o, como apuntaba antes, meros contenedores. Ignoran o no tienen en cuenta que el embarazo y parto son situaciones que difícilmente se afrontan sin una inversión de sentimientos y que, en algunos

³² DWORKIN, R., *Ibidem*.



casos, puede ser más traumático dar a un hijo en adopción que la realización de un aborto.

Una regulación jurídica del aborto debe dar cuenta de la especial situación de las mujeres en relación a su capacidad generativa, y combinar el legítimo interés de protección de la vida en cada una de sus manifestaciones con el respeto a la autonomía de la mujeres y la tutela de la salud de las mismas.

Y aquí es donde la clásica reivindicación de las feministas resumida en el eslogan “mi cuerpo es mío” puede ser entendida. Primero como la negación del sometimiento del cuerpo femenino a decisiones heterónomas o que se justifican en intereses ajenos a la propia mujer. El cuerpo de las mujeres no pertenece a la sociedad. No es la sociedad quien a través de comités éticos, jurídicos o médicos puede imponer a una mujer la gestación y la maternidad. Sería como nos recuerda Ferrajoli “la lesión del segundo imperativo kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento –aunque sea de procreación– para fines no propios, sino sólo como fin en sí misma”.³³ Pero en segundo lugar, la reivindicación del propio cuerpo frente a injerencias externas constituye un llamamiento a la responsabilidad. El cuerpo no nos pertenece como una propiedad que se pueda alienar sino que ciertamente tiene sus hipotecas sociales. La capacidad de generar implica una gran responsabilidad, en principio, frente al embrión o feto y frente a una misma, pero también frente al varón, a la familia, a la sociedad o incluso frente a la especie humana.³⁴

Pero considerar que es el Estado quien debe regular la capacidad de generar de las mujeres a través de un tratamiento punitivo o de un sistema de permisos, no es más, como sostiene Tamar Picht, que la expresión del pertinaz desconocimiento del estatuto de sujetos plenamente morales de las mujeres a las que no se les puede confiar la tutela de la “vida”³⁵. Es necesario o bien prohibir a las mujeres abortar, o bien obligarlas a justificar su decisión para obtener un permiso si cabe. Se trata a las mujeres como menores de edad, como personas necesitadas de tutela o, lo que es peor, como sujetos con temibles intenciones de las que se deben proteger a los niños e incluso a ellas mismas.

³³ L. FERRAJOLI, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Introducción de P. Andrés Ibáñez, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1990, p. 85.

³⁴ PICTH, T. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, trad. cast. de C. García Pascual, Trotta, Madrid, 2003, p. 97.

³⁵ *Ibid.*, p. 99.

Como es sabido, en el marco de los Estados modernos, el reconocimiento de la autonomía de la persona implica la afirmación del valor intrínseco de la libre elección individual de planes de vida o de la adopción de ideales de excelencia humana. “El Estado (y los demás individuos) no deben interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución”³⁶. Negar a las mujeres la autodeterminación en materia de procreación significa negarles el carácter de sujetos autónomos, puesto que pocas cosas como la gestación y la maternidad determinan tanto el proyecto o plan de vida de una mujer. De modo que el reconocimiento histórico de las distintas generaciones de derechos se detendría para las mujeres en los derechos de la primera generación, aquellos llamados de libertad o de autonomía, cada vez que no se tiene en cuenta su voluntad en relación a la maternidad³⁷.

¿Pero cómo afirmar la autonomía de la mujeres, tutelar su derecho a la salud y no desatender la protección de la vida como algo valioso en si mismo? o dicho de otro modo ¿qué tratamiento jurídico obtendríamos de esa triple preocupación?

En realidad, la reivindicación de autonomía, de libertad o del derecho a la privacidad como marco jurídico que ofrezca amparo a la autodeterminación de las mujeres en materia procreativa, plantea muchos problemas en el seno del pensamiento feminista.

Concretamente en EEUU, donde la legalidad del aborto se fundamenta en el derecho a la *privacy*, algunas notables feministas como Catharine MacKinnon renuevan su denuncia al Derecho como instrumento de opresión de las mujeres. El aborto amparado por la *privacy* queda abandonado, a los ojos de la jurista norteamericana, a la clásica distinción entre público y privado. Mientras lo público es el terreno por excelencia del derecho y el ámbito del varón, las mujeres ocupan el espacio privado donde reina la desigualdad y don-

³⁶ NINO, C.S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 204-205.

³⁷ Como se ha sostenido desde el pensamiento feminista “la autodeterminación femenina por lo que respecta a la procreación tendría, entonces, dos significados. Determinaría la plena individuación femenina, el acceso de las mujeres al estatuto de pleno individuo, a través del reconocimiento a las mujeres de un dominio sobre su propia potencia generativa y sería a la vez un principio de ética pública. Se reconoce a las mujeres la competencia moral para decidir en esté ámbito”. T. PICHT, *op cit.*, pp. 100-101.

de es posible la violencia sin la protección del derecho. Incluir el aborto en el terreno de la *privacy* significa, por otra parte, interpretarlo como un hecho privado que el Estado respeta pero no configura como una prestación debida. La decisión del aborto compete así solo a la mujer en una situación de desigualdad real y, por tanto, sin que se pueda exigir cobertura de la sanidad pública. Dicho en otras palabras, todo aquello que la *privacy* garantiza, la libertad en la propia intimidad, la integridad física, la libertad moral en las elecciones, no constituye la condición jurídica y social de las mujeres, al contrario la intimidad nos da la medida de su opresión. Puesto que es en la esfera privada donde las mujeres están especialmente subordinadas a los hombres a través de estructuras políticas, algunas feministas afirman que lo privado es público y lo personal es político. La no intervención del Estado en ese falsamente supuesto ámbito de libertad de las mujeres que es la esfera privada se concretaría en la penalización de las mismas o en su desamparo³⁸.

En este sentido, una parte del pensamiento feminista demanda una defensa del aborto no en términos de libertad sino de igualdad entre los sexos³⁹. Los hombres no pueden quedarse embarazados en contra de su voluntad, ni pueden ser obligados a una gestación indeseada. Nos encontramos, entonces, ante el rechazo a construir el aborto tomando como referencia un sujeto asexuado y abstracto como si para abortar no fuera necesario ser mujer. Por otra parte de nuevo se nos recuerda (en modo similar a como se usa el argumento del estado de necesidad) que las mujeres no parten de una situación igual a la de los varones y que no se puede olvidar las dificultades sociales que encuentran a la hora de afrontar una maternidad, a la hora de acogerse a categorías jurídicas pensadas para el varón bajo el disfraz del sujeto abstracto.

³⁸ Catharine Mackinnon analiza la famosa sentencia *Roe vs. Wade* (1973) donde la Corte Suprema americana establece que los Estados no pueden dictar normativas que prohíban el aborto en cuanto que constituirían una violación del derecho a la *privacy*. (Cfr. C. MACKINNON, *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, , 1987, p. 93 y ss). Cabe recordar que *Roe vs. Wade*, como señala Ronald Dworkin, es, sin duda, el caso más famoso que ha tratado la Corte Suprema de Estados Unidos y que en las cuestiones constitucionales que suscita se encuentra el nudo gordiano del sistema constitucional americano. Para un análisis pormenorizado de la sentencia véase también R. DWORKIN, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, cit., cap. VI -V, pp. 136 y ss. Vid. También M. R. MARELLA, "Appunti sull'influenza di Marx nel femminismo giuridico", *SWIF*, 2001.

³⁹ Aunque apoyarse en la igualdad antes que en la libertad no deja de ser un recurso a un principio que en su génesis también estuvo vinculado al varón, blanco y propietario.



El recurso a la *privacy* o a la autonomía de la voluntad como fundamento del derecho al aborto también conduce, se nos dice, al terreno poco propicio del “lenguaje de los derechos”. Si la acción de abortar se incluye en el derecho a la autodeterminación puede resultar ponderada o limitada legítimamente por otros derechos (el del *narciturus* o el del padre) o por el interés del Estado en la protección de la vida.

Ciertamente estamos ante discusiones que tienen como trasfondo el debate feminista contemporáneo, la añosa cuestión de la liberación de la mujer a través de la afirmación de su diferencia o de la proclamación de su igualdad. Y obviamente también ante la discusión en torno a la posibilidad de utilizar el derecho, tradicionalmente instrumento de pervivencia del patriarcado, ahora a favor de las mujeres. No puedo, ni pretendo en este artículo abordar profundamente estos problemas. Me mantengo no obstante en la idea de que el derecho es uno de los más contundentes instrumentos de cambio social y de que muchas de las discriminaciones que padecen las mujeres tienen que ver con su exclusión persistente y constante de la consideración de sujetos autónomos, mayores de edad o titulares de una plena ciudadanía.

Cuando se insiste en que de hecho la autonomía de la mujeres está seriamente menguada especialmente en el ámbito privado se olvida que la debida transformación de las circunstancias sociales, como ya indiqué en el epígrafe anterior, no terminaría por sí misma con la cuestión del aborto. En un mundo igual entre varones y mujeres donde la carga del cuidado de los niños no recayera sólo sobre estas últimas, se mantendrían las valoraciones personales de cada mujer, y hasta cierto punto subjetivas, sobre sus proyectos de vida, su capacidad para generar y tener hijos, su deseo o aceptación de la maternidad. Se mantendría, sobre todo, el hecho de que no existe desarrollo vital ni ser humano, sin la madre y tampoco fuera de la relación con la misma. De modo que el elemento de la libertad a la hora de configurar el aborto como una prestación que el Estado debe garantizar a las mujeres resulta del todo inevitable. Una libertad (o un derecho a la *privacy* al servicio de la libertad) que tiene una importante dimensión jurídica y que encuentra en el derecho el mecanismo más eficaz de protección.

En palabras de Dworkin “A veces la privacidad es territorial: las personas tienen derecho a la privacidad en el sentido territorial cuando les es lícito hacer lo que quieran en un espacio determinado –dentro de su propia casa, por ejemplo. A veces la privacidad alude a la confidencialidad: decimos que las personas pueden mantener sus convicciones políticas en privado, lo

que significa que no tienen por qué revelar qué han votado. En ocasiones, sin embargo, la privacidad connota algo distinto de cualquiera de estos dos sentidos: significa soberanía en la toma de decisiones personales⁴⁰. En este último sentido incluir el aborto en la *privacy* o en el ámbito de libertad de las mujeres significa afirmar la soberanía de éstas sobre su propio cuerpo, por ejemplo, afirmar el derecho de la mujer a no ser violada o forzada sexualmente. Inviolabilidad del cuerpo y ámbito de decisión personal o dicho en otras palabras reconocimiento de la mujer como sujeto moral y jurídico.

Efectivamente, la autonomía de las mujeres se afirma así haciendo uso del “lenguaje de los derechos” y entra en el ámbito de lo ponderable pero de ahí no puede más que salir reforzada puesto que afirmar la autonomía conlleva la inmunidad del propio cuerpo frente a constricciones, la autodeterminación reproductiva y el reconocimiento, como apenas he apuntado, de la capacidad para tomar decisiones sobre la propia vida.

Una activa protección de la vida no tiene por qué menguar la defensa de la libertad de las mujeres. Creo que en un Estado social, como se presentan todavía (véanse los textos constitucionales) tantas democracias contemporáneas, el derecho no tiene un fin meramente represivo ni siquiera *prima facie*. Una preocupación sincera por la vida, en cualquiera de sus manifestaciones, o por la infancia, antes que concretarse en limitaciones de los derechos de las mujeres, debería, para ser eficaz, traducirse en medidas educativas, de promoción y asistencia social. Un Estado o una sociedad preocupada por proteger la vida puede pretender legítimamente reducir el número de abortos y la vez permitir que las mujeres decidan sobre su presente y su futuro. En ese sentido, el derecho comparado nos indica cuáles son los sistemas donde se ha conseguido esta pretensión sin menguar los derechos de las mujeres. Sistemas, por ejemplo, como el holandés donde se combina una educación sexual temprana, que antes que banalizar las relaciones sexuales intenta desarrollar una actitud responsable frente a las mismas, con un adecuado sostén socioeconómico de las madres, con una protección de los derechos de la infancia y en definitiva, con una ley que establece un plazo dentro del cual es lícito abortar respetando la decisión de la mujer y reconduciendo los abortos a un periodo de tiempo donde el feto claramente no es viable fuera del útero materno.

Abortar no puede ser nacer y por lo tanto tampoco parece admisible una desregulación de la interrupción del embarazo en que no se diferencie

⁴⁰ R. DWORKIN, *El dominio de la vida*, cit., p.73.



entre las edades del feto en relación a su viabilidad. Reconducir los posibles abortos a un periodo inicial del embarazo es una exigencia derivada de la tutela de la vida y también de la tutela de la salud de las mujeres. Así, una normativa no penal debe permitir el aborto, sin necesidad de causa justificativa, en un periodo anterior a cualquier mínima posibilidad de viabilidad y debe exigir una seria justificación si estamos ante un feto viable. Si podemos extraer del reconocimiento de las mujeres como sujetos autónomos su derecho al aborto no podemos, sin embargo, afirmar en ningún caso que las mujeres tengan derecho a matar al nacido.

Ciertamente el límite de la viabilidad o de la capacidad de vida autónoma es siempre una cuestión discutible y sobre todo variable a medida que se producen avances médicos y se aplican a los mismos las nuevas tecnologías. En un ámbito de relativa y variable indeterminación la ley debe evitar los abortos tardíos. Pero estoy de acuerdo con Tamar Picht cuando afirma que este problema será muy extraño allí donde pongamos a las mujeres en situación de decidir a tiempo⁴¹.

Una ley que extraiga la regulación del aborto del código penal y que establezca un plazo en el que se garantice a la mujeres el aborto sin necesidad de hacer manifiesta una justificación material no se podría defender si partiéramos de la consideración del feto como persona, tampoco si creyéramos que las mujeres son incapaces de decidir su futuro, no sería legítima si afirmásemos que el deseo o la aceptación de la maternidad está vinculado a condiciones económicas o elementos objetivables. En definitiva, no cabe defender una ley así cuando preferimos vivir en un mundo donde se hacen leyes para no ser obedecidas y la determinación de las mujeres de gobernar su propia vida transcurre en ámbitos de ilegalidad.

CRISTINA GARCÍA PASCUAL
Departamento de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universitat de València
Campus dels Tarongers s/n
46071-València ESPAÑA
e-mail: garciac@uv.es

⁴¹ “¿O es que alguna mujer puesta en condiciones de decidir a tiempo afrontaría un aborto tardío, o sea, un auténtico parto?”, (T. PICHT, *op. cit.* p. 103, nota 23).

