

EL ABORTO, ENTRE LA ÉTICA Y EL DERECHO^(*)

ALFONSO RUIZ MIGUEL
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

Tras una descripción del régimen jurídico del aborto en distintas épocas y países y con especial referencia a España, el artículo plantea el debate sobre su despenalización en dos planos: el de la discusión ética sobre el derecho a la vida del no nacido y el de la discusión ético-política sobre la conveniencia de despenalizar el aborto consentido por la mujer en ciertas condiciones. En el primer aspecto, el artículo intenta mediar en el choque de absolutos entre quienes mantienen que el aborto es un asesinato que viola el derecho a la vida de una persona y quienes abogan por un derecho irrestricto al propio cuerpo de la mujer y se defiende que el sistema de la distinta regulación en los tres trimestres del embarazo (de la autorización en el primer trimestre a la excepcionalidad en el tercero) responde a diferencias relevantes en el estatus del no nacido en su relación con el derecho a la autonomía de la mujer. En el segundo, se argumenta en favor de la despenalización del aborto conforme al principio de intervención mínima en materia penal y a varios criterios relativos a la evitación de daños derivados de la prohibición.

Palabras clave: aborto, ética, derechos, régimen jurídico, despenalización.

ABSTRACT

The article starts with a description of the legal regulation of abortion in different times and countries, making special reference to Spain. Secondly, it deals with the debate on abortion's punishment focusing on two aspects: on the one hand, on the ethical discussion about the foetus' right to life and, on the other, on the ethical and political discussion about the usefulness of avoiding the criminalization of abortion. As regards to the first aspect, the article tries to conciliate in the clash

* El presente artículo, que envió sólo tras la amable insistencia de Ascensión Cambrón, es una versión actualizada en los datos y revisada en la forma del texto disponible en red en el Master de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona, para el que a su vez tomé como base un artículo anterior («El aborto. Un problema pendiente», *Leviatán. Revista de hechos e ideas*, II Época, n. 63, primavera 1996, pp. 91-106). La diferencia de sus eventuales destinatarios, el carácter militante del texto y la no variación de la regulación legal del aborto en España en los últimos años quizá puedan justificar esta nueva publicación.

of absolutes between those who uphold that abortion is murder because it violates a person's right to life, and those who advocate for an unlimited woman's right to her own body, and, as a result, argues that the system which imposes different constraints on abortion depending on the stage of pregnancy (from permission in the first trimester, to rigid exceptions for its performance in the third one), makes room to relevant differences in the foetus status in his relation with the autonomy rights of women. As regards to the second issue, the article argues for the exclusion of punishment in conformity with the principle of minimal intervention in criminal matters, as well as with other criteria aimed to avoid some of the harms derived from prohibition.

Keywords: abortion, ethics, rights, legal regulation, unpunishment.

1. ALGUNOS DATOS SOBRE EL ABORTO

Las formas de control de la natalidad han evolucionado notablemente a lo largo de la historia, desde la común práctica del infanticidio en numerosas culturas antiguas, incluida la greco-romana, hasta la píldora o la esterilización reversible en la actualidad. Entre esas formas de control –y a pesar de su proscripción religiosa, moral y jurídica por culturas como la judía, la cristiana o la islámica– siempre ha figurado el aborto voluntario o inducido (en adelante, el aborto sin más calificativo). En la actualidad, la Organización Mundial de la Salud recoge la cifra de 50 millones de abortos anuales en el mundo, de los cuales 30 corresponden a países subdesarrollados y 20 a abortos sanitariamente inseguros. Hasta fechas bastante recientes la sanción penal del aborto ha sido el criterio dominante en las legislaciones. Y aunque hoy cerca de dos tercios de la población mundial viven bajo legislaciones básicamente permisivas, en el 94 por ciento de los países del tercer mundo el aborto está sometido a restricciones legales¹. También en España, como veremos enseguida.

Dentro de la tradición judeo-cristiana, la teología escolástica medieval æque tanto ha influido en la cultura occidental, y muy especialmente en los países católicosæ consideró como asesinato abortar varones tras los cuarenta días de gestación y mujeres tras los ochenta días. Sin embargo, ni siquiera las legislaciones más duras han equiparado en la gravedad de las penas al aborto con el infanticidio o el homicidio y, todavía menos, con el asesinato. En Europa las primeras medidas legislativas de despenalización del aborto se plasmaron en la década de 1930 en varios de los países

1 Varios de los anteriores datos ætomados del libro de A. Mundigo y C. Indriso (comps.), *Abortion in the Developing World*, Londres, Zed Books, 1998æ, coinciden con los reseñados en junio de 2003 en la siguiente página de la Universidad de California: <http://www.bol.ucla.edu/~karaboon/abortion/worldstats.html>; véase también la página del “Grupo de Información en Reproducción Elegida” (México): www.gira.org.mx.

escandinavos, así como en una ley de la Generalidad de Cataluña durante la guerra civil, y se han ido extendiendo sucesivamente hasta el presente por los demás países, con la salvedad de Irlanda, que penaliza todo aborto no realizado para salvar la vida de la embarazada, y de Polonia, que admite sólo el aborto por riesgo para su salud física.

Es usual diferenciar dos sistemas básicos de despenalización: el de plazo, que deja a la libre y personal decisión de la mujer la posibilidad de abortar durante el primer período del embarazo, normalmente los tres primeros meses; y el de indicaciones, cuando el aborto se autoriza por razones específicas que han de constatarse a través de algún procedimiento más o menos oficial, como el peligro para la vida o la salud de la mujer (indicación terapéutica), la violación (indicación ética o criminológica), los riesgos de malformaciones físicas o psíquicas en el feto (indicación eugenésica o por piedad) o, en fin, los graves trastornos personales que puede producir el nacimiento de un hijo no deseado (indicación social). Tales indicaciones pueden estar sometidas a distintos límites de tiempo, desde las doce primeras semanas hasta el final del embarazo en caso de peligro grave para la salud de la mujer, que, evidentemente, ha venido a transformarse, prácticamente desde el primer momento, en una forma de indicación social.

El periodo de los tres primeros meses, o uno cercano a él, es el utilizado generalmente en las legislaciones europeas, mientras que el de los seis primeros, o uno cercano a él, es el que se suele aplicar en la indicación eugenésica y es también 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 de la fecundación (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 píldora RU-486—, pero en lo que sigue, salvo que cite específicamente al preembrión, cuando hable de embrión me referiré al óvulo fecundado hasta los tres meses, incluyendo, así pues, al preembrión).

No resulta fácil evaluar de modo preciso la incidencia en el número de abortos debida a la diferencia entre el sistema de indicaciones (que siguen, por ejemplo, además de España, el Reino Unido, Francia, Italia o Portugal) y el del plazo (que adoptan Noruega, Suecia, Dinamarca o Austria), pues, incluso prescindiendo de la heterogeneidad de las comparaciones entre países distintos, a veces aparecen variaciones en el número de abortos sin

cambios legales, por ejemplo, por causas sociales como el «miedo a la píldora» que provocaron ciertas informaciones médicas a finales de 1976. Aun así, no parece aventurado afirmar que, se adopte el sistema del plazo o el de la indicación social, la despenalización resulta similar en sus efectos jurídico-penales, es decir, en la exclusión general en la práctica de toda responsabilidad penal durante del primer período del embarazo.

En España, el criterio tradicional había sido la punición de toda forma de aborto. En esa línea, los distintos códigos penales del franquismo sancionaron desde 1944 cualquier forma de aborto intencionado con un castigo mínimo de seis meses a seis años de prisión, sin más paliativo que el aborto de la mujer para «ocultar su deshonor», cuya pena rebajaba de uno a seis meses. Es verdad que esa misma legislación penal franquista, tan católica y pronatalista que penaba la propaganda y venta de anticonceptivos, nunca llegó a seguir a pies juntillas la opinión de la Iglesia católica, que considera al aborto un asesinato, pues ni siquiera la forma de aborto más grave, aquel del que resulta la muerte de la gestante, se equiparó en pena al asesinato². Con todo, el tratamiento penal era duro, pues se sancionaba toda forma de aborto, consentido o no, sin excepciones expresas, si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo llegó a considerar el aborto por causa de peligro vital para la mujer cubierto por la eximente del estado de necesidad.

Esa legislación penal sobre el aborto sobrevivió sustancialmente hasta la reforma del código penal de 1985, a la que me referiré enseguida. La única variación significativa la había introducido el año anterior una sentencia del Tribunal Constitucional que excluyó que los abortos realizados en el extranjero pudieran ser perseguidos en España, despenalizando así constitucionalmente el mal llamado «turismo abortivo». Con esta expresión sus detractores caracterizaron la práctica, muy generalizada en aquellos años, de viajar a países con legislación tolerante, y especialmente a Inglaterra, para realizar abortos sin riesgos sanitarios ni penales. Aquella sentencia tuvo su importancia en la medida en que cortocircuitó la previa interpretación del Tribunal Supremo de extender la territorialidad de la ley penal española a los abortos cometidos fuera de España. La cuestión se entiende mejor si se tiene en cuenta que la ley que entonces regulaba el ámbito de la jurisdicción penal española no consideraba perseguibles los delitos cometidos por españoles en el extranjero si la víctima no era también española. Pues bien, el Tribunal Supremo había considerado a los embriones y fetos abortados por las mujeres españolas como víctimas de

2 En su última versión, 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 6 años de prisión, la mitad de la mínima señalada para el homicidio y mucho menor que la de 20 a 30 años o muerte prevista para el asesinato (aun así, este régimen constituyó un claro endurecimiento respecto de los códigos penales anteriores, el de 1870 y el de la II República, que castigaban a la mujer que consintiere su aborto con una pena máxima de 6 meses de arresto).

nacionalidad española y ésta interpretación de la ley fue la que vino a ser considerada extensiva e inconstitucional por el Tribunal Constitucional³. Obsérvese que con el criterio de este Tribunal, el ámbito de persecución penal se veía reducido en la práctica al número presumiblemente muy bajo de mujeres que abortaban en el territorio nacional, que lo hacían usualmente en condiciones de clandestinidad por falta de capacidad económica o, sobre todo, de posibilidad por la edad o por falta de información y cultura.

Ese fue el contexto en el que se aprobó la reforma del código penal de 1985, a cuyo contenido viene a remitir el actual código penal de 1995. Tal reforma introdujo un sistema de indicaciones que recogía, además de la previa violación y los riesgos de malformación del feto, un motivo terapéutico muy amplio, que incluía el aborto para evitar el riesgo para la salud física o psíquica de la embarazada. La diferencia entre las tres indicaciones es que mientras en la última el riesgo para la salud de la mujer el aborto puede realizarse en cualquier momento de la gestación, en caso de violación ha de provocarse antes de su duodécima semana y en el de malformaciones del feto antes de la vigésima segunda. Aunque fue objeto de debate e implícitamente se defendieron interpretaciones amplias de la cláusula sobre la salud *psíquica* de la mujer, no se incluyó expresamente la indicación social. Subsiguientemente, y tras un recurso de varios parlamentarios del grupo conservador, el contenido de tal reforma legislativa fue declarado conforme con la Constitución por el Tribunal Constitucional, si bien con la exigencia —en este punto con el desacuerdo de la mitad de sus magistrados— de que la ley contemplara ciertas garantías sanitarias y de verificación médica de los tres supuestos previstos, que, en efecto, el legislador introdujo inmediatamente.

Con arreglo a la anterior regulación legal, el número de abortos declarados que se viene practicando en España ha pasado de cerca de 45.000 en 1992 a casi 70.000 en 2001. Por encima del 97 por ciento de ellos se realizan en clínicas privadas y en torno al 98 por ciento del total la causa alegada es la salud psíquica de la mujer. Asimismo, los últimos años ha subido el porcentaje de las menores de 20 años, que abortan más del 8 por mil⁴.

3 La sentencia del Tribunal Constitucional 75/1984, de 27 de junio, que anuló la condena penal a 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. No lo que es relevante para lo que aquí estoy comentando. No 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).

4 Para los datos anteriores, véanse las tablas de www.msc.es/salud/epidemiologia/. Las cifras totales hoy disponibles, según el Ministerio de Sanidad, son: 1992, 44.962; 1993, 45.503; 1994, 47.832; 1995, 49.367; 1996, 51.002; 1997, 49.578; 1998, 53.847; 1999, 58.399; 2000, 63.756; y 2001, 69.857.

2. ENTRE DERECHO Y ÉTICA

Paso ahora a la cuestión de la penalización o despenalización del aborto, que se plantea en la frontera entre el Derecho y la ética, dentro de ese territorio incierto en el que se debate sobre la pertinencia de la imposición por parte de la sociedad —en especial mediante su organización política, el Estado— de criterios morales sobre los que hay profundas discrepancias en la ética personal de los individuos que componen esa misma sociedad. De ahí también que la discusión sobre el aborto y su penalización o despenalización sea terreno apropiado para la reflexión sobre los límites del Derecho, especialmente del Derecho penal, como forma de imposición de criterios morales más o menos compartidos socialmente.

La exposición que sigue se ordena en dos partes: en el apartado 3 se consideran algunos argumentos para la valoración propiamente ética del aborto voluntario, que afecta sobre todo al plano de las decisiones individuales; en el apartado 4 se trata más específicamente la cuestión de su penalización o despenalización, que pertenece al plano ético-jurídico o, si se quiere, político-jurídico. No estará de más advertir que si bien sólo la segunda parte tiene una vertiente más directamente política —en lo que concierne a la *polis*, esto es, a la sociedad en su conjunto—, una y otra cuestión son en última instancia un asunto ético, esto es, un asunto que afecta a las pautas o criterios últimos 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. Conviene añadir también que la relación entre los dos anteriores planos no es necesariamente unidireccional, en el sentido de que exista una correspondencia necesaria entre los criterios éticos de alcance más personal y los político-jurídicos y de modo que quien considere el aborto inmoral deba propugnar su castigo penal. Las cosas son algo más complicadas, pues 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 perspectiva que aquí voy a mantener, por mi parte, 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 que esa es, entre otras, una de las razones fundamentales para excluir su penalización.

3. SOBRE LA MORALIDAD DEL ABORTO: EL CHOQUE DE ABSOLUTOS

La discusión ética general sobre el aborto, y también la de mayor relevancia personal, 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*⁵: de un lado, la creencia en el derecho absoluto a la vida del no nacido y, en consecuencia, la visión el aborto como asesinato de un ser humano inocente, y, de otro lado, la creencia en el derecho ilimitado o absoluto de la mujer a su propio cuerpo y, en consecuencia, la consideración del aborto como éticamente aproblemático. Lo que aquí voy mantener es que una y otra posición son, en sus extremos, inaceptables, pero que ambas contienen algo de relevante éticamente: explorar uno y otro aspecto es situarse en una posición de diálogo, si bien no necesariamente equidistante, que, más allá de la terminología y de algún aspecto no decisivo que personalmente encuentro discutible, viene a coincidir con la posición magistralmente argumentada por Ronald Dworkin en su libro *El dominio de la vida*⁶.

3.1. 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 social generalizada de al menos algunos motivos de aborto y, en fin, la diferente consideración en nuestra cultura del aborto y de la muerte de personas. Veámoslo con algo más de detalle.

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 –e incluso al feto– 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” (artículos 29 y 30 del código civil).

Sin embargo, aunque sea indicativo de una consideración cultural netamente diferencial entre el no nacido y los nacidos, el criterio jurídico-privado –relativo a la personalidad civil– 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 la que existe entre la bellota y el roble– es la conclusión razonable de una argumentación por exclusión, que

5 Vid. *Abortion. The Clash of Absolutes*, Nueva York-Londres, W. W. Norton, 1990.

6 Vid. *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, Alfred A. Knopf, 1993; hay trad. cast. de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ariel, 1994.

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. ¿Cuáles son los argumentos principales utilizados por los partidarios de penalizar el aborto para reputar persona al no nacido? Fundamentalmente dos: la creencia religiosa en la animación o aparición del alma humana y el argumento pseudo científico del código genético. Veámoslos.

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, en cuanto posterior al dualismo cartesiano entre cuerpo y mente, desconocida por la escolástica católica—, ni en sí misma ni en sus consecuencias puede pretender imponerse como obligatoria universalmente. Ocurre en ello lo mismo que con las creencias en la resurrección de Cristo, en la verdad de lo enseñado por Mahoma o en la divinidad de todo lo creado, que pueden ser profesadas, pueden ser predicadas, pueden ser acogidas, pero no deben ser impuestas mediante la fuerza ni mediante el Derecho a quienes no las aceptan libremente. Quien crea ese tipo de cosas, en una sociedad pluralista no debería considerar apropiado imponer su criterio, aunque, desde luego, tenga todo el derecho a que sus creencias sean respetadas en cuanto se apliquen a su propia conducta, por ejemplo, para garantizar una genuina objeción de conciencia a practicar un aborto.

De otro lado, es falaz la tesis, de sabor naturalista pero en realidad pseudo científica, que pretende derivar la personalidad o “humaneidad” del no nacido de la aparición de un nuevo y distinto 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 cigoto y al recién nacido. En primer término, este argumento incurre en una confusión conceptual por pretender deducir criterios normativos o valorativos a partir de observaciones de hecho, como si el hecho de que algo *sea* permita deducir que ese algo *deba ser* o *sea bueno* que sea, según lo cual la existencia del SIDA equivaldría a su justificación. La objeción clave aquí contra el argumento naturalista es que la ética, los criterios morales, que son los que están en juego cuando hablamos de la personalidad humana, no son ni pueden ser meramente una cuestión de hecho o científica, sino de valor, de actitud hacia la realidad, pues la ética nos dice lo que debe ser, no lo que es. En tal sentido, tener el código genético humano —como lo puede tener un cadáver— no es necesariamente un rasgo que obligue deductivamente a atribuir la personalidad moral, para la que pueden ser relevantes rasgos como la capacidad de consciencia o la capacidad de sentir.

Pero es que, además, 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 predeterminada en el cigoto. Así 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; y 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 normal⁷.

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 tras los últimos desarrollos de la ingeniería genética. Así, obligaría a gestar y llevar a término a todos los óvulos hoy en día fertilizados para asegurar el éxito de las técnicas de reproducción asistida, de los cuales sólo se suele utilizar una parte. Igualmente, como mediante la clonación hoy es ya técnicamente posible la reproducción asexual a partir de células que contengan el código genético de una persona, el argumento de que debemos dar curso a todas las células humanas con posibilidad de desarrollo obligaría a que todos nos multiplicáramos incontroladamente mediante una reproducción clónica e indefinida⁸.

En todo caso, lo esencial en todo lo anterior es que, no existe ni puede existir un criterio científico que determine objetivamente la personalidad moral de los seres humanos, es decir, cuándo y por qué los seres humanos *merecen* respeto por su *dignidad*, un criterio que exige valoraciones que no dependen sólo de hechos objetivos, sino de una actitud moral que ha de tomar unos u otros hechos como relevantes. Por ello, la presunción de que el no nacido es una persona con un derecho a la vida igual que un recién nacido por argumentos como el del código genético no sólo resulta carente de base propiamente científica sino que es insuficiente desde un punto de vista moral. Más aún, se trata de una presunción contraria a intuiciones morales bien asentadas, como muestran los dos argumentos restantes antes anunciados y que comento a continuación.

7 Cf. Tribe, *Abortion...*, cit., pp. 117-8.

8 Esta posibilidad, que podía parecer algo fantasiosa hasta la reciente experimentación de la clonación, ya venía siendo objeto de argumentación como hipótesis, por ejemplo en Harold Morowitz y James S. Trefil, *The Facts of Life* (Nueva York, Oxford University Press, 1992; cito por la versión cast. de Bibiana Lianas y prólogo de Josep-Vicent Marqués, *La verdad sobre el aborto. ¿Cuándo empieza la vida humana?*, Barcelona, Alcor, 1993, p. 65), que, por lo demás, 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.

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 embarazada. En efecto, si el embrión fuera como un recién nacido, así como encontraríamos absolutamente inaceptable matar a una persona —un niño, por ejemplo— para trasplantarle su corazón a otra, también deberíamos excluir igual de radicalmente la provocación de un aborto para salvar la vida de la mujer. Frente a ello, quienes, según probablemente hacen muchos católicos⁹, aceptan ese supuesto, al igual que la violación, como motivo lícito de aborto están de hecho subordinando 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 derecho que, con razón en mi opinión, se suele considerar predominante. Y, sin embargo, esta conclusión es incompatible con sostener la caracterización moral del embrión o el feto como persona, que implica que tiene un derecho a la vida igual al de la mujer. En realidad, la preferencia por la vida de la madre —que es dominante en la cultura occidental al menos— no puede proceder a fin de cuentas más que de una negación del derecho absoluto del no nacido, 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 pretende negar la *posibilidad* ética de una posición absolutista en favor de los derechos del no nacido, sino sólo su *plausibilidad* o verosimilitud. En efecto, aquella argumentación no conduce necesariamente a que, por ejemplo, un católico deba revisar dicha preferencia por el derecho de la madre, conforme a la doctrina oficial de su Iglesia, y considerar justificados 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 determinado dogma 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, como ya quedó dicho al principio, ni de lejos ocurrió en una legislación penal tan pro católica y antiabortista como la franquista, según se vio más arriba.

En fin, la última razón antes anunciada para excluir el derecho absoluto a la vida del no nacido la proporciona una reflexión comparativa sobre las

9 Extraigo esta conclusión, sólo presuntivamente, del amplio número de españoles, alrededor de dos tercios, que en encuestas representativas como las del Centro de Investigaciones Sociológicas aceptan la legalización del aborto en caso de peligro para la vida de la mujer y de violación.

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. Ello pone de manifiesto que, en realidad, se trata de un acontecimiento íntimo, reservado a la esfera familiar y de los más cercanos. Y cabe recordar también aquí que, aunque lo permita, ni siquiera la Iglesia católica obliga a celebrar exequias para los “fetos abortivos”¹⁰. Todo ello es absolutamente inevitable, por lo demás, en los abortos espontáneos tempranos, que pueden pasar completamente desapercibidos para la mujer y que, según las estimaciones más moderadas, parece que afectan a más de dos tercios de los óvulos fecundados durante la primera semana de gestación¹¹.

La conclusión más razonable de las observaciones anteriores es que el momento de la concepción no resulta tan decisivo moralmente como a menudo se hace creer mediante argumentos pseudo científicos. Los datos científicos no sólo no obligan, en cuanto tales, 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. Por ellos resulta poco plausible o inverosímil defender que tengan un derecho a la vida igual que éstos, hasta el punto de que el aborto deba ser considerado 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 permiten distinguir diferentes situaciones moralmente relevantes.

3.2. Sobre el derecho de la mujer al propio cuerpo

En el extremo opuesto a la tesis del derecho absoluto a la vida del no nacido se encuentra la tesis absolutista del derecho ilimitado al propio cuerpo de la mujer, entendido como el derecho a una autonomía total o sin restricciones. Esta tesis también resulta éticamente irrazonable porque

10 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 eclesíásticas por aquellos niños (*parvuli*) que sus padres deseaban bautizar, pero murieron antes de recibir el bautismo” (canon 1183.2).

11 Cf. Morowitz y Trefil, *op. cit.*, pp. 60-1.

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 una lectura sin matices de tal tesis, y eso basta para probar que, si conduce a tales exageraciones, la tesis misma está muy mal formulada y que, cuando menos, debe cualificarse severamente).

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 del embarazo –incluso en el noveno mes– 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, habría razones fuertes para reprocharlo 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*– de la provocación anticipada del parto por razones de comodidad de la mujer cuando por tal anticipación podrían derivarse riesgos para la salud del nacido que si el derecho al propio cuerpo fuera ilimitado constituiría una forma de aborto que habría que aceptar moralmente y garantizar jurídicamente.

La tercera consecuencia inaceptable –que una vez más enunció sólo hipotéticamente– es que los abortos con el fin de utilizar o vender los tejidos fetales o los realizados por motivos triviales –también hipotéticamente–, 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, casos 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 tiene límites que es necesario perfilar más adecuadamente, como voy a intentar a continuación.

3.3. *La autonomía de la mujer y el valor de la vida humana potencial*

Lo argumentado hasta ahora tiende a mostrar lo 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 —de ahí el acierto de la calificación de la polémica ética como choque de absolutos— y en las inverosímiles consecuencias que se derivan de esos dos absolutismos. La exclusión de uno y otro deja un margen para la aceptabilidad de algunos 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 variable, 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 ni siquiera mentalmente, 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, valor por el que deberíamos considerar inaceptable el desgaste de las energías no renovables y el deterioro del medio ambiente, así como justificar, según los casos, ciertas políticas tanto de fomento como de limitación de la natalidad, siempre que respeten los derechos de las personas efectivamente existentes¹².

En un grado más próximo a la personalidad que las generaciones futuras se hallan los no nacidos existentes, esto es, los seres todavía en gestación, que merecen una mayor protección, incluso penal, que puede ser alta 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. 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 de sentir, admite distintas regulaciones más o menos protectoras, que también pueden tener en cuenta otros

12 La razón de ello es que lo que ahí está en juego no son derechos ya individualizados, sino intereses colectivos que permiten, por ejemplo, tratar de aproximarse al número de personas apropiado a un cierto estándar de bienestar. Y no digo que esta cuestión sea sencilla ni trivial, sino que elegir entre más individuos futuros y menos bienestar de esos mismos individuos, o al contrario, no es una cuestión de derechos en el mismo sentido en el que lo es el derecho a la vida de una persona existente, que está al margen del cálculo sobre el bienestar de las demás.

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 universal y categórico de justicia o corrección æen el sentido de que algo es o justo o injusto, pero no un poco injusto o muy justoa sino al de bondad o bien, que es en cambio gradual –en el sentido de que algo es más o menos bueno o malo– y puede tolerar su sacrificio en caso de conflicto con otros bienes o derechos. De tal forma, es en el campo de la valoración de algo como bueno o malo donde opera el argumento del mal menor, además de tratarse de un ámbito cuya decidibilidad no es ya universalista, a diferencia de la justicia estricta, sino que corresponde a las particulares concepciones morales o religiosas de cada cual, que tiene derecho a ejercerlas y a verlas respetadas¹³.

Por otro lado, la otra cara de lo anterior y de acuerdo en parte con el argumento de los especiales derechos de las mujeres, es que en cuanto no existan derechos ajenos en conflicto resulta éticamente intolerable obligar bajo sanción penal a tener hijos no deseados. Lo contrario supone obligar mediante sanciones a toda mujer embarazada no sólo a parir un hijo, sino, de hecho, a llevar con ello la principal responsabilidad en su cuidado y educación. La opción de entregar el hijo en 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 después quiere, optar entre quedárselo o darlo en adopción. En realidad, obligar a parir y, después, a elegir entre cuidar o dejar en adopción implica despreciar 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 que le afectan gravemente. 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, incluso en las más desarrolladas en los que se refiere a la igualdad de las mujeres. Por lo demás, esta última discriminación entre

13 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.

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, que ni social ni jurídicamente resulta obligado a nada equivalente.

En suma, liberado de sus extremos absolutos, la interrupción voluntaria del embarazo en los primeros períodos 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, de modo que ella es libre de elegir entre su vida y la del feto, aunque pueda haber quien sostenga que aquel derecho es tan independiente y superior que la mujer no puede disponer autónomamente de él (ahora bien, este tema afecta ya a otra cuestión entre la moral y el Derecho, como la disponibilidad sobre la propia vida, que se plantea en la eutanasia voluntaria o en las huelgas de hambre y que aquí no voy a desarrollar). 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 parece razonable que sea protegible incluso penalmente. En tal caso, el conflicto con el derecho a la vida de la mujer puede verse como un caso de estado de necesidad, que, atendiendo a la autonomía de aquélla, puede resolverse lícitamente en uno u otro sentido.

4. EL PLANO ÉTICO-JURÍDICO: LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO

A diferencia del anterior, el plano de la discusión ético-jurídica –que también se puede denominar de política jurídica, relativo a lo que se puede y debe hacer mediante el Derecho– 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 hasta aquí. 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.

4.1. 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 un 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. Esta es la razón por la que, por ejemplo, se excusan los daños cometidos en estado de necesidad –como en el viejo ejemplo de la tabla de los naufragos, en la que sólo algunos pueden sobrevivir porque si siguen encima todos, todos morirán–, cuando los bienes en juego son equivalentes y no resulta exigible una conducta de auto sacrificio para nadie. 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 en España de los abortos en el extranjero y la irrazonabilidad de la generalización de la aplicación de la pena. Veamos las tres razones con un poco más de detalle.

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, en versiones anteriores de este escrito estimé entre 5 y 10 condenas anuales por aborto en atención a las escasísimas referencias periodísticas existentes –que inevitablemente habrían sido objeto de atención pública por la presión de los colectivos feministas–, sin que pudieran apreciarse en este punto diferencias significativas entre el período inmediatamente anterior y el posterior a la reforma de 1985. Según la información estadística ahora disponible, relativa a los años 1998 a 2001, ha habido catorce personas condenadas en esos cuatro años¹⁴. Aunque la cifra media de los últimos veinticinco años estuviera entre 5 y 10 personas condenadas al año, la *ratio* respecto de la cifra media de los últimos años de unos cincuenta mil abortos 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 actual 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.a de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁵). 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

14 En concreto, según los datos del INE, en 1998 hubo 6 personas condenadas (4 hombres, 1 mujer, 1 no consta); en 1999, 1 mujer; en 2000, 2 hombres; y en 2001, 5 hombres (cf. <http://www.ine.es/inchase/index.html>, bajo los apartados «Sociedad. Justicia», y ulteriormente, «Estadísticas judiciales»; después, por años, debe seleccionarse «Condenados por delitos cometidos, por edad y sexo» y, sucesivamente, «Aborto»).

15 La Ley Orgánica 11/1999 ha añadido una excepción al precepto («Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito») que está pensada para delitos como el genocidio, la tortura, el terrorismo, pero no para el aborto.

hasta el momento—, la probable vuelta a los viajes al extranjero para abortar, que durante el franquismo elevaron significativamente la cifra de abortos de españolas especialmente en clínicas de Londres, daría lugar a conductas no perseguibles por la justicia española. Es cierto que aquella regulación del ámbito jurisdiccional español, 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 sentido¹⁶.

En fin, el criterio de sancionar penalmente y de forma rigurosa y sería una conducta tan extendida como el aborto comportaría la práctica imposibilidad de generalizar su aplicación. Esta inviabilidad de la generalización de la sanción penal a todas las personas que practican abortos pone de manifiesto la dificultad 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 no sólo a los autores de la intervención médica sino también a todas las mujeres que se someten a tal intervención y a sus cómplices, que en principio son todos aquellos que conocen el hecho y no hacen nada para impedirlo. Aun suponiendo que una persecución penal más eficaz rebajara a más de la mitad el número de los abortos que hoy se declaran oficialmente, entre las 30.000 mujeres que seguirían abortando, sus cómplices y encubridores (cónyuges, amigas, etc.) y los médicos o aborteras que practicaran 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 en marzo de 2003 era de 53.000 reclusos, de los cuales, dicho sea de paso, las mujeres no llegaban al 8 por ciento¹⁷. Es cierto que 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.

4.2. 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

¹⁶ Remito a lo antes comentado en la nota 3, y en el texto correspondiente.

¹⁷ En números exactos, según el Instituto Nacional de Estadística, la cifra total de población reclusa en dicha fecha era de 53.091, de los cuales 48.858 eran varones y 4.233 mujeres (véase <http://www.ine.es/inebase/index.html>, bajo los apartados «Sociedad. Justicia» y, ulteriormente, «Población reclusa»).

feto—, sino también otros bienes en juego que ponen de manifiesto la existencia de daños derivados de la prohibición rígida de los abortos tempranos voluntarios. 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 se les impone a las mujeres.

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 como Luis Rojas Marcos, especialista en salud pública, 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»¹⁸.

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, cabe afirmar que la prohibición severa del aborto, en la medida que sea efectiva, contribuye al aumento de familias desarticuladas y del abandono de los hijos, que, además de ser semilleros de la violencia, propician vidas desgraciadas que difícilmente pueden contarse entre los bienes de este mundo: James Trefil ha llegado a decir que 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. Francamente, no puedo imaginar un acto humano más profundamente diabólico que traer al mundo a un hijo no deseado”¹⁹.

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 que, por causa de tal prohibición, provocan sus abortos en condiciones sanitarias inadecuadas: la Organización Mundial de la Salud acepta la cifra de 70.000 mujeres que mueren anualmente por esta causa, en una relación de 1 por cada 250 abortos provocados en países subdesarrollados frente a 1 por cada 3.700 en los desarrollados²⁰. En todo caso, el recurso a personas sin cualificación y la autoaplicación 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 menos apoyo social. Evitar este tipo de daños a la salud de las

18 *Las semillas de la violencia*, Madrid, Espasa Calpe, 1995, p. 213.

19 En Morowitz y Trefil, *op. cit.*, p. 170.

20 Véase *supra*, la referencia de la nota 1.

mujeres, 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: junto 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 embarazadas²¹.

5. 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 un acto trivial para la mujer. Entre la abundante literatura que defiende la despenalización del aborto se puede desafiar a encontrar a alguien al que se pueda llamar propiamente «pro abortista» ni, todavía menos, al que pueda caracterizarse con justicia como defensor de una «cultura de la muerte». En realidad, los autores de este tipo de críticas parecen más preocupados por la existencia formal de ciertas normas legales que por las prácticas realmente existentes en la sociedad. Esa es, al menos, la impresión que da su preocupación,

21 Sobre este tema, véase el libro realizado por INNER Research, bajo la dirección de Pilar Escario, *Embarazo en adolescentes*, Madrid, Instituto de la Juventud, 1994. Para una actualización de los datos allí suministrados sobre tasas de embarazos y abortos en menores de 20 años, véase Margarita Delgado, "La evolución reciente de la fecundidad y el embarazo en España: la influencia del aborto", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n. 87, 1999, pp. 83-116. Este último estudio, para 1995, estima en un 1,2 la tasa de embarazos de las mujeres de 15 a 19 años y en un 0,76 por ciento su tasa de fecundidad, lo que supone un 0,44 de abortos. Por su parte, en las tablas del Ministerio de Sanidad y Consumo sobre abortos declarados por las clínicas autorizadas se da para 1995 una tasa de 0,45 por ciento de abortos en ese grupo de menores de 20 años, es decir, de prácticamente un aborto por cada doscientas adolescentes. Para calibrar en cifras absolutas las anteriores tasas, si se aplican las "Proyecciones y estimaciones intercensales de población" del Banco de datos Tempus del INE, que estiman en 1.532.610 la población española de mujeres de 15 a 19 años para 1995, resulta que ese año hubo en ese grupo de edad unos 18.600 embarazos, de los que unos 11.700 dieron lugar a nacimientos, mientras que se declararon unos 6.900 abortos.

mas 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 estos críticos.

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, etc. 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, en un número muy significativo 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. Porque una cosa es *exigir*, incluso penalmente, que algo deba ocurrir y otra muy distinta *conseguir* que ocurra. Y esta inutilidad de la opción represiva es, por sí sola, una de las más sólidas razones para no tomarla en serio.