

CONSIDERACIONES JURIDICAS ACERCA DEL PROYECTO  
DE DESPENALIZACION DEL ABORTO EN ALGUNOS  
SUPUESTOS \*

*Juan Vallet de Goytisolo* †

1 • — El próximo mes de diciembre se cumplirán cincuenta años de la publicación, en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, de un artículo acerca del Estado de derecho escrito por quien, más tarde, sería compañero nuestro, numerario de esta Real Academia, el profesor *Luis Legaz y Lacambra*. De ella entresacamos algunas frases que nos parecen de ardiente actualidad:

“Los partidos tienen un programa *indiscutible* que va a imponerse, no a discutirse en el Parlamento, puesto que los diputados son mandatarios de los partidos y no de la nación”... “hasta el punto de que no hay ningún valor político reconocido como superior al del logro del progreso”. Por eso, añadía: “La democracia tiende a la dictadura”... “la masa no discute, y ni siquiera le interesa tener razón o dejar de tenerla”.

*Legaz* trazaba un paralelismo entre las discusiones de las Cortes de Cádiz y las de la República de 1931: “La primera discutió en nombre de la *filosofía* y la *razón*; para la segunda se han buscado *fórmulas de arreglo* entre los partidos mayoritarios”. Esto mismo ha ocurrido al discutirse la Constitución de 1978 y en la legislatura siguiente. En la actual, parece que se trata de imponer el programa respaldado por diez millones de votos. De ser eso así, éstos serían los poderes que sustituirían toda razón que se les opusiera, ya que resultaría superflua totalmente .

---

\*\* Conferencia desarrollada el 12 de mayo de 1983 en el Salón de Actos de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

† De la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

Sin embargo, nuestro deber de juristas es otro. Debemos buscar los datos verdaderos del problema, y determinados éstos, hemos de ponderarlos para hallar la solución justa.

*Ulpiano* definió de jurisprudencia como “*Divinarum atque humanarum rerum notitiae, iusti atque iniusti scientia*.”

*El comienzo de la vida humana.*

“Desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide basta la fijación o anidación del cigoto formado transcurren unas dos semanas, y en este período de tiempo no puede afirmarse que exista todavía individualización, ya que no siempre se dan las condiciones de *unicidad* (calidad de ser único) y de *unidad* (distinto de otras).

En relación con la unicidad existe la evidencia en contra que proporciona los gemelos monocigóticos (2 por mil de los nacimientos) que se forman por la *división* del embrión antes de su anidación.

En relación con la unidad existen los casos de individuos mosaicos formados por *fusión* de dos embriones durante estas primeras etapas del desarrollo.

Pero una vez anidado el embrión ya se dan en él, además de su programa genético distinto del de la madre, las características de individualidad que permiten afirmar que es *un ser humano*.”

La expresada diferencia entre el comienzo de la vida y el comienzo de la vida humana individualizada, que es el mediante entre la fecundación y la anidación, creemos que merece alguna precisión.

El coloquio que tuvo lugar en la II sesión científica el 26 de enero de 1982 en la Real Academia de Medicina, *En torno al aborto. El derecho a nacer*, el Profesor Orts Llorca explicó que “en el momento de la fecundación no sólo continúa la vida, sino que al unirse los dos *equipos* cromosómicos se origina una nueva vida, *que potencialmente* será un individuo de la especie humana. ¿Pero es ya realmente un *individuo* humano? Un individuo evidentemente no, pues hasta bastante después, quince. . . diecisiete días, pueden ser dos o más mellizos o trillizos. Por otro lado, hasta los ocho días después de la fecundación no anida el huevo fecundado en el útero y más de la mitad fracasan en este proceso”.

Nos permitimos una precisión gramatical a la respuesta negativa: “Un individuo evidentemente no”, “evidentemente no” hemos de entenderlo en el sentido de “con evidencia no”. Dado que entre la fecundación y la nidación, en algunos casos, el embrión se divide, dando lugar a que, en la nidación aparezcan mellizos, trillizos, etc., y, aún

cabe, según el informe, que, antes de la nidación, se forme un individuo por la fusión de dos embriones.

Pero estas constataciones, lo que nos muestran *con evidencia* no es que, en ese período no exista *un individuo con vida humana*, sino, por el contrario, muestran que “*evidentemente no*” significa que “*no es evidente*” *que se halle individualizada una sola vida humana*. Lo más probable, aunque no evidente, es que sí existe una sola vida humana; pero, pueden darse dos o más. No hay, pues, una *evidencia*, sino una *no evidencia* de que sólo exista una. La expresión *no es evidente* tiene un significado inequívoco, y no equívoco como *evidentemente no*, que puede equivaler a “*no evidentemente*”, sin coma alguna, o a “*no, evidentemente*”, separando ambas palabras por una coma.

En un período de tiempo falta la evidencia de que haya un sólo embrión y de si éste se dividirá o no en varios o si varios se unirán. Pero, esa falta de evidencia no pone en duda que ya exista vida humana, sino si ésta corresponde a uno sólo o bien a varios seres, individualizados o no entre sí.

El profesor Jérôme Lejeune, Catedrático de Genética Fundamental de la Universidad René Descartes de París, presentó el 23 de abril de 1981, al Subcomité sobre Separación de Poderes del Senado de los Estados Unidos, un informe que puede contribuir para aclarar la duda científica que enuncia la expresión antes examinada. Transcribimos unos párrafos que se refieren al tema concreto:

“En el momento en que, a través de la fecundación, los 23 cromosomas del padre se unen a los 23 de la madre, contamos ya con toda la información genética necesaria y suficiente para que puedan expresarse todas las cualidades innatas del nuevo individuo..

“Cuesta creer —aunque el hecho no admite lugar a dudas— que toda la información genética necesaria y suficiente para crear nuestro cuerpo y nuestro cerebro —la máquina más poderosa para resolver problemas, capaz de analizar las leyes del universo— pueda compendiarse de tal forma que el substrato material en el que se asienta podría caber perfectamente en la punta de una aguja.

Pero aún resulta más asombroso el que, durante la maduración de las células reproductoras, la información genética se reorganice de maneras tan diversas que cada nuevo ser concebido reciba una combinación totalmente original, que ni ha existido nunca, ni volverá jamás a repetirse. Cada nuevo ser concebido es único y por ello irremplazable. Los gemelos idénticos y los auténticos hermafroditas son excepciones a

la regla: a cada hombre, un modelo genético diferente. Curiosamente, sin embargo, estas excepciones han de tener lugar en el momento de la concepción. Otro tipo de alteración posterior llevaría a un desarrollo no armónico.

Todos estos hechos se conocían ya hace tiempo y se estaba de acuerdo en afirmar que los niños probeta, si es que llegaban a producirse, vendrían a demostrar la autonomía del nuevo ser concebido, sobre el cual la probeta no podía recabar ningún título de propiedad. Pues bien, los niños probeta ya existen”.

Y, después de narrar resultados experimentados en embriones de ratón acabados de concebir —según los cuales el huevo fecundado se escinde normalmente en dos células, una de las cuales vuelve a dividirse de nuevo, dando así el sorprendente número impar de tres, todas ellas albergadas en el interior de su bolsa protectora, la zona pelúcida”—, añade:

“Según las conclusiones a las que la ciencia actual ha llegado, el requisito para la individualización (estudio en el que se dan tres células fundamentales) es el paso que sigue a la concepción, minutos después de que ésta tenga lugar”.

“Y para que puedan tener una idea de la precisión a la que se ha llegado en esta observación, les diré que si en el comienzo mismo, inmediatamente después de la concepción, unos días antes de la implantación del embrión, separásemos una célula de ese pequeño individuo, de aspecto parecido al de una mora, podríamos hacer un cultivo de esa célula y examinar sus cromosomas. El alumno que al microscopio no acertara a identificar el número, la forma y la estructura en bandas de esos cromosomas y no supiera distinguir claramente si eran de un ser humano, no aprobaría el examen.

“Aceptar el hecho de que con la fecundación un nuevo ser viene a la existencia no es ya cuestión de criterio u opinión. La condición humana del ser, desde su concepción hasta el final de sus días, no es ya afirmación metafísica; es, simplemente, una verdad experimental”.

La Real Academia de Medicina, ya en el año 1973, celebró un *Coloquio sobre problemas morales y médicos en torno al aborto*, al final, del cual en abril aprobó unas conclusiones, de las cuales vamos a repetir las estrictamente médicas, y aquí tan solo la que es de carácter general, dejando para después la transcripción de las referentes a los supuestos concretos de cuya despenalización hoy se trata. Aquélla dice así:

“5º - Las discusiones científicas y teológicas sobre el momento

de la animación del embrión o feto humano no tienen una decisiva incidencia sobre la moralidad del aborto, ya que en este terreno el sumo respeto a su vida, en sí misma o en potencia, exige que no se proceda por meras probabilidades.”

Finalmente, en un ámbito propio de la moral, el 14 de marzo de este año, la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, partiendo «de los datos proporcionados por la ciencia, ha elevado once conclusiones, de las cuales reproducimos las de contenido moral, excepto las referentes a los supuestos concretos en que se proyecta despenalizar el aborto que referiremos al ocuparnos, en concreto, de cada una de éstas.

“4. — El primero de los derechos humanos es el derecho a la vida. La sustancia moral de la penalización del aborto voluntario no estriba tanto en el castigo del abortista, ni en las condiciones que puedan atenuarlo en determinadas circunstancias, cuanto en la necesidad de defender el derecho a la vida de unos seres humanos, los más inocentes e indefensos de todos.”

7. — Es un hecho cierto que se dan situaciones especiales en una maternidad no deseada pueda originar serios problemas psíquicos, personales o familiares y de orden económico y social. Ello obliga a trabajar intensamente para encontrar soluciones que no se basen en el acto criminal de suprimir una vida humana, ya que “ha de guardarse respeto absoluto a la vida humana desde su concepción”, según ha proclamado e insistentemente reiterado la Asamblea Médica Mundial.”

“11. — La despenalización del aborto crearía graves problemas deontológicos a los profesionales de los servicios médicos sanitarios, a los que bajo ningún pretexto se les puede obligar a destruir una vida humana, dado que su misión es salvarla. Desde el juramento hipocrático a nuestros días, ésta es la norma moral que está impresa en la conciencia de los médicos y demás profesionales sanitarios.”

4. — Hemos expuesto las referencias más serias de lo que con relación al tema de nuestra conferencia, constituye lo que hoy puede considerarse *divinarum atque humanarum rerum notitia*. Por tanto, debemos abordar ya, con los datos precisos, la disciplina que nos es específica, *iusti atque iniusti scientia*.

Cabe afrontar esta tarea; desde el interior de nuestro ordenamiento jurídico positivo, considerándolo cerrado en sí mismo. Esto equivaldría a entregar todo el derecho, incluso en lo que atañe a los más básicos derechos humanos, a la voluntad omnímoda, por ostensible e irritantemente injusta que sea, de las Cortes.

Hoy por hoy, sin embargo, los principios básicos del ordenamiento jurídico español no favorecen la legalización del aborto.

La Constitución española del 27 de diciembre de 1978, en su artículo 15, comienza diciendo: “*Todos tienen derecho a la vida...*” Es sabido que, en el texto aprobado, el adverbio de cantidad absoluto “*todos*” sustituyó la expresión del Proyecto “*La persona...*”; y resulta también de la discusión parlamentaria que la finalidad de la enmienda, que en el Pleno produjo ese cambio de redacción, fue la defensa del concebido.

El Código Civil regula, como tradicionalmente lo ha venido haciendo el Derecho Civil, el inicio de la personalidad y los derechos civiles de la persona. De su texto resulta, según el artículo 29: “*El nacimiento determina la personalidad, pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.*”

Se dirá que si el concebido no llega a nacer, no puede tenersele por nacido, y, por lo tanto, en caso de aborto no puede considerársele persona, al no cumplirse la condición legal de la que retroactivamente pende esa consideración. Pero a réplica es fácil, existe el principio de que toda condición a réplica es fácil, existe el principio de que toda condición se entiende cumplida cuando el obligado impide voluntariamente su cumplimiento. “*Quicumque sub condicione obligatus curaverit, ne condicio existeret, nihilominus obligatur*”, dijo Paulo (Dig. 45, 1, 85, 7). “*Se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiere voluntariamente su cumplimiento* (art. 1.119 Código Civil)”.

La madre, pues, no puede invocar que el concebido, al que hizo abortar, no puede considerársele persona porque no llegó a nacer con las condiciones requeridas, que su consentido aborto imposibilitó.

Por otra parte, los efectos de la preterición —que el artículo 814 sanciona— desde la elaboración de esta institución en derecho romano incluyen al concebido. Sería contradictorio que el concebido no deba ser preterido en caso alguno y sí pueda ser suprimido, aunque tan sólo sea en algunos casos.

Sin embargo, estamos completamente de acuerdo con las reflexiones del Prof. Lacruz Berdejo, en que los conceptos jurídicos formales contenidos en el Derecho positivo, si sólo se mira lo que está consignado en los Códigos, únicamente constituyen realidades de carácter *jurídico - formal o jurídico - positiva*, es decir, de “algo organizado y estructurado por la Ley estatal, que lo ha hecho así y podría haberlo hecho (aunque muchas veces no debería hacerlo) al

contrario (la Ley —dicen los ingleses— lo puede todo [aunque no todo lo que diga la Ley sea derecho, en el genuino y auténtico sentido de la palabra], menos hacer a un hombre mujer) . No estamos en el terreno de lo útil, lo justo, lo razonable o lo conveniente, sino de las disposiciones publicadas en la *Gaceta*, que pueden ser todo esto y no serlo, y que son las que, al arbitrio del legislador, conceden o quitan la personalidad, que en Roma no tenían los esclavos y ni siquiera los hijos de familia o la mujer sometida a la potestad del marido. De igual modo, calificar de *homicidio* el acto de quitar la vida a un hombre y de *aborto* el de quitarla a un no conocido, es una convención terminológica basada en la evidente diferencia de circunstancias accidentales entre uno y otro caso. Querer sacar, entonces, consecuencias en cuanto a valores éticos y derechos naturales de la persona, de la situación de ésta en la legislación positiva, sería empresa vana. A nadie se le ocurrirá decir que la esclavitud sea buena en los países donde la Ley la permite y por obra de esa permisión legal, ni tampoco el aborto.”

Es preciso elevar el nivel de un tema tan fundamental hasta los primeros principios y los más altos valores.

El Presidente de nuestra Real Academia de Jurisprudencia, Antonio Hernández Gil, en su discurso inaugural del curso 1980 -1981, recordaba que en la Constitución de 1978 tiene en su preámbulo esta invocación: “La Nación española, desando establecer la justicia, la libertad y la seguridad...” . Y el mismo Hernández Gil la comentaba: “A la ponderación de la equidad, tal como previene el Código Civil, ha de unirse la ponderación de la justicia. Con base a la doctrina de Bochof y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, García de Enterría apunta la posibilidad de que existan *normas constitucionales inconstitucionales*, en cuanto no sean trasunto de los valores básicos constitucionales propugnados...” “Luego si la declaración de inconstitucionalidad ha de estar basada en la infracción de cualquier precepto constitucional y entre tales preceptos figura el que propugna la justicia como valor superior del ordenamiento, podrán ser declarados constitucionales las Leyes o las normas contrarias a tal precepto.”

5. — Pienso que hemos repasado suficientes antecedentes para enfrentarnos con el análisis crítico del proyectado artículo 417 bis del Código Penal, conforme al texto publicado en el “B.O.C.G.”, Congreso de los Diputados del 25 febrero de este año de 1983.

*“El aborto no será punible si se practica por un médico con el consentimiento de la mujer, cuando concurren algunas de las circunstancias siguientes:*

“1° *Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.*

“2° *Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de la gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.*

“3° *Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada.*”

Es preciso comentar por separado el preámbulo y cada uno de los tres casos en los que se estima debe despenalizarse el aborto. Lo efectuaremos por este orden, pero dejando para el final la normativa de que, en estos casos: “El aborto *no será punible*”, así como la valoración jurídica, con sentido crítico, de esas tres últimas palabras subrayadas.

Aparte de este tema principal, choca que según el preámbulo del artículo baste el requisito del *consentimiento de la mujer*, sin que se exija el consentimiento de nadie más.

El padre, los demás ascendientes, ni siquiera el concebido cuentan. Este es la víctima y aquéllos meros espectadores pasivos.

Sin embargo:

- a) En primer lugar, el feto no es *pars viscerum matris*, una parte del cuerpo de la mujer. No forma parte de su vientre.

Lo explicó con meridiana claridad el Prof. Lejeune en el *Palais des Congrès de París*, a primeros de mayo de 1980.

“... Se puede hacer una fecundación *in vitro* y ustedes saben que los niños de EDWARDS —es el nombre de un médico inglés—, especialmente la pequeña Louise Brau y otro chico cuyo nombre he olvidado, deben su nacimiento a un proceso que no era intramaternal. Esto tiene su explicación; no es una proeza contra natura. Es la utilización de una decisión muy precisa de la naturaleza, a saber, que en el sentido topográfico del término, la fecundación se hace siempre fuera del organismo materno. Quiero decir que, en sentido topográfico, la vagina, al abrirse hacia el exterior, es una especie de tubo comunicante con el exterior, y como la cavidad uterina comunica con la vagina y la trompa comunica con la cavidad uterina, resulta que, en términos



topográficos, el interior mismo de la trompa se encuentra en lo exterior del cuerpo materno, y es únicamente un repliegue para proteger al huevo fecundado.

“Y, efectivamente, el huevo maduro que es atrapado por el pabellón de la trompa cuando es puesto por el ovario, y que avanza sobre esa especie de correa sin fin que son los pequeños cilios de la mucosa, este huevo no está sostenido por nada: está libre; simplemente, flota en un poco de líquido que le proporciona la pared tubárica. En el momento de la fecundación, el nuevo ser humano está realmente, topográficamente hablando, fuera de su madre. Y, por esto, cuando se reconstruye el líquido tubárico en un frasquito, se puede perfectamente tomar un óvulo de una mujer en el momento en que va ponerlo, fecundarlo con esperma humano y ver que esta fecundación se produce ciertamente fuera de una estructura tisular materna, porque es así como se hace en la naturaleza... Claro está que es únicamente la fecundación lo que puede suceder así; porque en cuanto al ser humano ha hecho sus primeras divisiones, al cabo de seis o siete días, la pequeña masa celular que empieza a temblar necesita absolutamente encontrar algo más para flotar que el líquido nutricio. Pero no sabemos en absoluto fabricar una cosa que se pueda parecer, ni de lejos, a la maravillosa mucosa uterina madurada por las hormonas y a punto para recibir el embrión que se va a implantar en ella.

“No existe el niño - probeta. Es absolutamente inimaginable, ni aun en los diez o aun veinte años en que somos capaces de prever, que inventamos una manera de conseguir un hombrecillo desarrollándose en una botella. El sueño de ALDOUS HUXLEY es, quizá por largo tiempo, totalmente irrealizable.

“En cierto modo es una pena, porque si el experimento hubiera tenido éxito se sacaría de él una consecuencia importante: Si se viera desarrollarse en una botella a un niño de uno o dos meses, un hombrecillo del tamaño del pulgar, el Tompouce del que les he hablado en otra ocasión, si se le viera dentro de una botella y la botella saliera diciéndonos que ese niño es mío, nadie creería a la botella. Se sabría perfectamente que un niño pertenece a alguien.”

La consecuencia es obvia. Como dijo el Dr. J. CRUZ Y HERMIDA en su intervención en la Sección científica del 26 de enero de 1982 en la Real Academia de Medicina, si la madre “renuncia a su condición de albergue biológico embrionario, corta una vida que no es suya, pero sí totalmente independiente. La terminología médica nombra esta acción como blastocinio, embriocidio o feticidio. Cualquier conciencia no

distorsionada le aplicará rotundamente el calificativo de triste asesinato.”

Y el Prof. BULLÓN, en la misma sesión científica mostraba: “El pretexto que aducen las mujeres partidarias del aborto de ser dueñas de su cuerpo y pueden hacer con él lo que quieran, no justifica las prácticas abortivas, pues por la misma razón el dueño de una casa que ha alquilado a pacíficos inquilinos podría poner cuando lo estime oportuno y ateniéndose al principio de propiedad, una bomba en la misma con la disculpa de que el edificio es suyo. Cualquier Juez castigaría sin dudarle un crimen de este tipo.”

b) En segundo lugar, el concebido lo ha sido con los espermatozoides de un varón, el padre, del que prescinde totalmente el proyecto en cualquiera de los casos, incluido el supuesto de estimarse el peligro de que el feto nazca con graves taras psíquicas o físicas.

Los Profesores GARCÍA CANTERO y LACRUZ BERDEJO han mostrado su asombro por esa posibilidad y de sus consecuencias, incluso sucesorias. El segundo pone el ejemplo del padre que fallezca después de la concepción y antes del aborto, y que hubiera instituido a ese esperado primer hijo que al no nacer, no le heredaría, y, a falta de sustitutos y descendientes, será heredera la misma madre que *suprimió* el esperado hijo.

c) En tercer lugar, el viejo *ius vitae ac necis*, que fue suprimido en el mismo Derecho romano por la consideración de que no era admisible considerar que la vida de los hijos estuviera a disposición de sus padres, ahora se trata de reconocerlo análogamente a la madre, en caso de darse cualquiera de los tres supuestos incluidos en el proyecto, al dejar a su sola decisión que se ejecute o no el aborto.

La moral pública y la conciencia social quedan afectadas con esa posibilidad que no es una cuestión meramente privada, como tampoco lo son la difusión de la automutilación, la drogadicción, o el duelo, aunque sea consentido por ambas partes.

6. — El primer supuesto de aborto que se proyecta despenalizar, es el aplicado al caso de que sea necesario para “*evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada*”.

Notemos ante todo que no se trata sólo de salvar la *vida* sino un *grave peligro para la salud* lo cual hace más indeterminada esa causa de despenalización, amplía enormemente su aplicabilidad y pone en una misma balanza daños de desigual gravedad, diferencia incompa-

tible con toda legítima defensa (a la cual, en ese caso, faltarían otros requisitos fundamentales) o estado de necesidad.

Ya en el año 1973, en el Coloquio sobre problemas morales y médicos del aborto de la Real Academia de Medicina, el Catedrático de Obstetricia y Ginecología de la Facultad de Medicina de Valencia, Dr. FRANCISCO BONILLA MARTÍ, formuló un documentado juicio crítico acerca de las calificadas de indicaciones médicas del aborto terapéutico; y, a su vista, la conclusión 6. de la Real Academia de Medicina declaró: “6° - La evolución y el perfeccionamiento constante de la medicina moderna hace cada vez más raros los pretendidos casos de conflicto entre la vida materna y la vida fetal. Las indicaciones del así llamado «aborto terapéutico» son, hoy día, excepcionales.”

Y, como contrapartida del pretendido aborto terapéutico en el mismo Coloquio, el Académico de Número y el Catedrático de Obstetricia y Ginecología de la Facultad de Medicina de la Universidad Complutense de Madrid, Dr. JOSÉ BOTELLA LLUSIA, examinó sus graves efectos psicológicos y sus complicaciones, a veces mortales, y el Catedrático de Ginecología de la Facultad de Medicina de Sevilla, Dr. JOSÉ MARÍA DE BEDOYA GONZÁLEZ, profundizó en esas complicaciones secuelas del aborto inducido.

De acuerdo con estos informes la conclusión 7° de la Real Academia de Medicina declaró: “La interrupción de la gestación de un modo artificial, aun realizada bajo control médico y en clínica bien equipada, tiene una incidencia de complicaciones elevada. Asimismo, la mortalidad materna en estos casos no es despreciable. Este peligro para la madre es mucho mayor en el segundo trimestre del embarazo.”

Queda lo que se denomina aborto indirecto, que contempló la conclusión 4°: “No siempre aparece clara la distinción entre aborto directo — esencialmente inmoral— y cierto género de operaciones e intervenciones médicas en las que la interrupción del embarazo no se busca ni se pretende directamente, sino que se sigue indirectamente, al tener que efectuar ciertas operaciones que en sí son lícitas y absolutamente necesarias”.

La declaración del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España publicada en el primer trimestre de este año, en sus conclusiones 3° y 4°, ha tratado de esta cuestión.

“3. El progreso médico ha hecho desaparecer prácticamente las viejas indicaciones del denominado “aborto terapéutico”. Como ha subrayado recientemente una significativa publicación (*Reproducción*

*Humana*, «Planificación Familiar», vol. I, publicado por la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia de Londres, Consejo de Población de New York y el John Hopkins - Programa for International Education in Gynecology and Obstetrica, Baltimore (USA), segunda edición, 1980), tras la introducción de las modernas técnicas anticonceptivas, “la cantidad de abortos terapéuticos por razones estrictamente médicas es insignificante”. En efecto, los progresos en los medios, diagnósticos y terapéuticos, la anticoncepción y un mejor conocimiento de los métodos naturales de regulación de la natalidad han reducido extraordinariamente los casos de embarazo en mujeres afectadas por una grave enfermedad, desfavorablemente influible por una gestación. Aun así, en estos escasísimos casos, el riesgo deletéreo de la gestación sobre la vida de la madre rara vez llega a ser mortal. Por tanto, a la luz del progreso de la Medicina resulta evidente que no procede considerar como una excepción a efecto legal el llamado “aborto terapéutico”, término que conceptualmente es inadmisibile.

“Cosa distinta es que para curar una enfermedad grave de la madre sea necesario un tratamiento médico que pueda tener como efecto secundario —no directamente provocado, pero inevitable— la muerte del feto. Basta una correcta aplicación de la ética médica —como ya se hace ahora— para tomar una decisión en estos casos siempre que no sea posible esperar hasta que el niño nazca ni emplear otro recurso efectivo.”

(Para esto último no ha hecho falta, ni la hace, disposición legal alguna.)

“4. Establecidas estas consideraciones previas, este Consejo General rechaza de plano la tácita ampliación del concepto del aborto terapéutico que supone el proyecto de despenalización enviado por el Gobierno al Parlamento. En el caso anterior, el único y discutible argumento donde asentaba la acción abortiva era el estado de suma gravedad de la madre gestante a consecuencia del embarazo.

“El actual proyecto de Ley establece la figura del aborto terapéutico desde una óptica distinta. En efecto, supone un peligroso equívoco incluir en el texto legal, como motivo para el aborto terapéutico, el término *salud de la madre*. Y ello porque el concepto de salud es sumamente amplio y, obviamente incorpora a su vez las variantes de salud física y psíquica. Se abre así una clara posibilidad de fraude a la Ley, dada la ambigua definición del concepto de salud y, sobre todo, de salud psíquica o mental aplicado a la gestante. Es fácil prever la perversión del principio determinante del concepto de aborto tera-

péutico por razones estrictamente médicas y la gran facilidad con que una Ley así enunciada podrá ser manipulada, sirviendo de pretexto a quienes desean el aborto al margen de cualquier fundamento médico. Prácticamente quedará al libre arbitrio de la mujer la decisión de poner o no fin al embarazo.”

A su vez, la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en su reciente informe, concluye claramente en su número 5:

“Si la vida de la madre se encontrara en peligro, supuesto éste que los avances de la actual ciencia médica hacen cada vez menos real, lo único moralmente indiscutible es el grave deber de poner todos los medios para salvar ambas vidas, tanto la de la madre como la del hijo.

“El llamado «aborto terapéutico» es un enmascaramiento, muy desacreditado en los medios profesionales médicos, y corresponde a una fase anticuada de la Medicina.”

7. La segunda propuesta causa de despenalización, es decir, el aborto aplicado en caso de embarazo producido por una violación que haya sido denunciada y que se practique dentro de las doce primeras semanas, hace saltar a la vista lo que dice en su conclusión 6º el Informe de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

“La violación de la madre no justifica moralmente el aborto. Es un principio ético elemental de que un mal no se corrige ni compensa con otro que lo supere. Despenalizar el aborto en casos de violación no sería en modo alguno optar por el mal menor, sino permitir el mayor mal.

En los casos de violación, los sistemas de adopción y atención social suficiente pueden jugar un gran papel. Una mayor penalización del violador contribuiría a disminuir estos casos.”

A su vez, la Declaración del Consejo Superior de Médicos, en su número 5, dice:

“En cuanto a la justificación del aborto provocado cuando el embarazo es fruto de una violación, este Consejo desea manifestar que tal circunstancia es sumamente rara y difícil de constatar a efectos legales. Pese a considerar el grave atentado a la dignidad de la mujer que tan repugnante acto supone, no procede considerar solución legítima la muerte del ser humano inocente ya concebido del mismo modo que tampoco la Constitución permite condenar a muerte al violador. La ayuda que necesita la mujer para recuperarse del profundo trauma de la violación excluye que se añada a lo ya irremediable el nuevo trauma del aborto. El apoyo que puede prestar el médico en estos casos no será el de convertirse en actor principal en la ejecución de la

segunda injusticia. Desde el punto de vista médico, cabe articular las oportunas medidas de información y de urgencia en los hospitales que imposibiliten la fecundación.”

Esta causa es, sin duda alguna insostenible, la culpa del violador significa la pena de muerte del concebido a causa de la violación. Y la proponen quienes considerarían contraria a los derechos humanos imponerla al violador y estimarían una salvajada, propia de épocas bárbaras, el castrarlo. La pena más grave se impone a un ser inocente. Y se le impone con posibilidad de ejecutarla hasta que concluya la doceava semana de embarazo.

Sin embargo, como dijo el Dr. LEJEUME al informar al Senado de los Estados Unidos, al mes ya late el corazón del minúsculo ser alojado en el seno materno y a los dos meses ya tiene manos pies, cabeza, órganos, cerebro, todo en su sitio, incluso con las rayas en la palma de la mano y con una buena lupa podrían verse sus huellas dactilares . Es decir, “con todos los datos necesarios para el documento nacional de identidad”.

Y, como en la sesión científica del 26 de enero de 1982, en la Real Academia Nacional de Medicina, explicó el Profesor J. ANTONIO CLAVERO NÚÑEZ, el corazón a las ocho semanas tiene ya su forma definitiva, a la semana doce —según experimento de DAVIS y su equipo— ya existe deglución digestiva, desde la octava semana efectúa cambios de posición y a partir de la décima pueden tipificarse sus múltiples movimientos; en la misma octava semana se observan los primeros reflejos respiratorios ostensibles y desde la décima semana se instauran ya movimientos respiratorios rítmicos que en la onceava aparecen sin necesidad de que exista hipoxia.

En la octava semana ¡ya siente el dolor! Pensemos sucintamente en los empleados para quitar la vida al concebido; por succión de un potente aspirador que desmembra y extrae feto y placenta; por cesárea que concluye echándolo a la basura; por envenenamiento salino, y por dilatación y curetaje, que se utiliza entre la séptima y la doceava semana, consistente en que, después de dilatado el cuello uterino, se tracea el feto con instrumentos cortantes y se desprende la placenta.

Para todo esto, en el caso de violación, basta que ese hecho haya sido *denunciado*. No se requiere que se demuestre o pruebe, con algo más que una denuncia o una confesión que, unida al perdón de la violada, dejaría impune al presunto violador. La puerta abierta puede dejar libre y franco el paso sin control alguno, se dice que “hecha la ley,

hecha la trampa”. Esta ley, a mayor abundamiento facilita la utilización de trampa a quienes deseen abortar.

8. — El tercero de los supuestos para el que se proyecta despenalizar el aborto: probabilidad que el feto nazca “con graves taras físicas o psíquicas”, conforme el dictamen de dos médicos especialistas, distintos del que practique el aborto, y que se permitiría “dentro de las veintitrés primeras semanas de gestación”, nos lleva a contrastarlo con la 6° conclusión del Consejo General de Médicos:

“6° - Respecto al aborto por razones eugenésicas, hay que hacer notar que el feto sigue siendo una vida humana, aunque padezca alguna anomalía somática o psíquica. A pesar de estas deficiencias, para él lo único que vale la pena es vivir. Por otra parte, pese a los avances de la Medicina, ésta no puede precisar con toda exactitud la intensidad final de una anomalía detectada en el feto, por lo que se podría llegar a eliminar a seres humanos sanos o perfectamente adaptables a la vida en sociedad. El aborto eugenésico tampoco sería un modo para erradicar la subnormalidad. La Medicina no está en condiciones de detectar todos los casos de taras congénitas y, por otra parte, el retraso mental de origen prenatal es sólo una parte del total de los casos. En definitiva, lo que constituye un índice de progreso social no es la capacidad de eliminar a los disminuidos, sino la mejora en el modo de acogerlos y cuidarlos.”

La dificultad aludida en el apartado tercero de este párrafo había sido contemplada en la conclusión 11 de las aprobadas por la Real Academia de Medicina, que hemos venido refiriendo:

11. - La predicción de las malformaciones congénitas no puede establecerse en la actualidad como una certeza completa, por lo cual es muy aventurado el pretender interrumpir una gestación en base a una anomalía fetal, ya que entonces se correría fácilmente el riesgo de interrumpir gestaciones con fetos perfectamente viables y poco o nada alterados.”

Esa dificultad la ha explicado el Doctor GONZALO LÓPEZ BUENDÍA, Ginecólogo-jefe de Servicios de Maternidad de Santa Cristina:

“Determinar malformaciones o taras intraútero es un concepto actual sujeto a múltiples comentarios. Para poder realizar las pruebas necesarias es condición imprescindible que el embarazo rebase las 16 semanas. A partir de este momento hay que sacar líquido amniótico por medio de una punción para después poder estudiar este líquido. Esta

prueba es la amniocentesis.

“Antes de la 16 semana de embarazo el riesgo de traumatizar con la punción el feto o la placenta es enorme y aún después de la 16 semana es una prueba no exenta de peligro.

“Posteriormente, después de una analítica muy sofisticada y costosa, nunca se asegura el grado de malformación, y muchísimo menos, la proporción de taras psíquicas. Podría detectarse la existencia de una trisomía del par 21 cromosómico (mongolismo) y nunca se podrá detectar el grado de déficit mental.”

Se ha hecho un cálculo de las consecuencias de aplicar esta amniocentesis a todas y cada una de las 650.000 mujeres españolas que cada año quedan embarazadas. Si el procedimiento no tuviere fallas se descubrirían, conforme las estadísticas, 1.000 mongólicos; pero, como el indicado procedimiento provoca cinco abortos por mil, se suprimirían 3.250 vidas de concebidos que habrían nacido normales.

En suma, este problema tiene dos vertientes: Una, la de dirigir los progresos de la Medicina hacia la curación de malformaciones y la superación de taras congénitas, y otra, la de orientarlas para detectar precozmente las anormalidades y destruir lo antes posible, si puede ser antes de nacer, a los seres que las sufran. En segunda hipótesis, como ha escrito el Catedrático de Farmacología y Terapéutica Doctor JESÚS FLÓREZ:

“Cuando la vida humana puede ser destruida basándose en clasificaciones o categorías (útil o inútil, molesta o agradable, inteligencia plena o parcial), ya no puede trazarse una línea horizontal entre su destrucción preparto y la destrucción con independencia de la edad que tenga. Será cuestión de elegir el método quemenos horrorice a la sociedad; por ejemplo, dejar de alimentar a los mongólicos en los primeros días de la vida extrauterina hasta que mueran, como ya está ocurriendo con el beneplácito de algunos médicos y algunos jueces. ¿Horrible? Yo diría coherente con la idea filosófica que «imparte» aborto en función de categorías o clasificaciones.

“Pero es que, además, la ciencia nos dice que muchas enfermedades tienen una causa impresa desde la concepción del nuevo ser en su mensaje genético. La ciencia descubrirá ese mensaje, y el análisis genético realizado intra-útero, que hoy descubre a los mongólicos antes de nacer, será también capaz de descubrir a los que han de ser diabéticos o arterioscleróticos, o depresivos, o a los que hayan de desarrollar cáncer. ¿Qué criterios aplicaremos entonces? Si la minusvalía mental es criterio válido de eliminación de una vida, ¿por



qué no también el de una futura minusvalía física que habrá de producir una molestia y un coste económico no menores, e incluso mayores?”.

A estas preguntas acabaría por imponer su respuesta el Estado. Así lo preveía hace unos ocho años GEORGES NAUGHTOR, en su impresionante libro *Le choc du passé; avortement, néonazisme, nouvelle morale*. Esto llevaría a la instauración de un totalitarismo científico, mediante el cual el Estado regularía, controlaría y planificaría rigurosamente el derecho a procrear, en una *biopolítica* fundamentalmente racista y elitista, a fin de evitar, de una parte, la degeneración de la raza, compensando así el hecho de que la selección natural va siendo eliminada por los adelantos médicos. Una vez comenzada la ruptura moral no tiene límites; por su brecha entrará la eutanasia, la licitud de la muerte dulce de los niños subnormales, de los tarados, y al fin, hasta quién sabe qué crímenes eugenésicos o racistas.

La vaguedad de la expresión “sea probable” con que el Proyecto comienza la redacción de esta tercera causa de despenalización del aborto, suscita algunas reflexiones, al cotejarla con hechos reales.

— Se dice que la rubéola de la madre origina muy frecuentemente malformaciones que sufrirá el hijo; en especial, si aquélla la tuvo durante el segundo mes, se ha calculado que alrededor de un 20 % de los niños las padecerán. Sin embargo, en la encuesta citada por el Doctor RENDU, de un total de 2.448 nacidos de madres atacadas de rubéola durante su embarazo, fueron anormales 35. Entonces, la pregunta es ¿si lo conveniente sería suprimir los 2.448 para impedir que naciera algún anormal?

— Es de recuerdo reciente la catástrofe de Seveso, producida por un escape de gas TCDD. Los abortistas aprovecharon para subrayar el peligro de que las gestantes intoxicadas dieran a luz niños con graves malformaciones. Algunas de éstas abortaron, amparándose en la entonces reciente ley italiana, que se lo permitía. Las que no abortaron dieron a luz niños normales.

— Más reciente y cercano tenemos el recuerdo de cómo fue aducido, como argumento en favor de la despenalización del aborto, el riesgo de que las embarazadas que sufrían el síndrome tóxico, atribuido al aceite de colza, diesen a luz hijos que padecieran malformaciones. Pues bien, según el informe de los responsables de la Comisión clínica ante la de investigación del Senado, el número de nacidos de madres afectadas por dicho síndrome, a los dos años de aparecida la enfermedad, es de 679, de ellos ocho malformados, pero sin relación alguna con la enfermedad y con menor incidencia que en el resto de la

población.

— Caso ya antiguo, pero patente, es el de Beethoven, quinto hijo de un padre sifilítico y una madre tuberculosa, que habían tenido antes de él cuatro hijos: el mayor ciego, el segundo murió al nacer, el tercero sordomudo y el cuarto tuberculoso. Hoy, tal vez, se hubiera decretado la supresión del músico genial antes de que naciera.

Basándose en esa causa, el aborto puede practicarse dentro de las veintidós semanas primeras de gestación. El doble del tiempo requerido para que el concebido realice la actividad que, en su informe, antes referido, al Senado de Estados Unidos, relató el profesor LEJEUNE: “Gracias a un moderno sistema de imágenes semejantes a un «sonar», el doctor inglés IAN DONALD logró filmar una película teniendo como protagonista a la estrella más joven del mundo: un bebé de once semanas moviéndose en el útero. En la película el bebé realiza algo así como una serie de ejercicios sobre un trampolín: dobla las rodillas, golpea las paredes del útero, se endereza y vuelve a inclinarse otra vez. Al poseer su cuerpo la misma movilidad del líquido amniótico, no experimenta gravitación alguna y lleva a cabo esa especie de baile, de una forma lenta, grácil y elegante, imposible de repetir sobre ningún otro lugar de la tierra.”

9. - Aparte de la crítica que individualmente merecen, de por sí cada uno de los supuestos en que se proyecta despenalizar el aborto, es muy de temer que, en su conjunto, signifiquen, ni más ni menos, por motivos ya recogidos al tratar de cada uno, que queden tres vías abiertas al libre aborto.

Ese temor resulta: en la primera, de la ambigüedad del peligro “*para la salud de la embarazada*”, que no sólo puede referirse a la física o la psíquica de la madre, sino que, según la definición dada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 1946, incluye el “estado de perfecto bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad”; en la segunda, de que baste que hubiese “*sido denunciado*” el alegado hecho de la violación; v, en la tercera, de la relatividad del juicio de que “*sea probable*” que el feto nazca con graves taras físicas o psíquicas.

Entramos, con ello, en unas alegaciones, muy repetidas, a favor bien sea de la legalización o bien de la despenalización del aborto, que parten de su efectiva práctica clandestina, efectuada sin garantías médicas ni sanitarias, con mayor riesgo para la salud y la vida de los abortantes, o en el extranjero, por quienes lo tienen al alcance de su bolsillo, burlando todas las prohibiciones y las disposiciones penales

españolas.

Ahí se hace jugar también la falacia de las cifras que fue denunciada por la Asociación Pro Respeto a la Vida Humana, en su réplica al Ministerio de Sanidad, en febrero de 1983. Esa Asociación advertía de la evidente falsedad de las cifras, muy repetidas, acerca del número de abortos clandestinos y de mujeres fallecidas por esa causa. Si muriesen, por esa causa, 3.000 mujeres anualmente, esa cifra representaría más del 50% de las mujeres, entre 15 y 44 años, que fallecen cada año. Y, si los nacidos anualmente rondan la cifra de 600.000, ¿cómo admitir que cada año se produzcan entre 300.000 y 500.000 abortos clandestinos!

El mismo fenómeno de publicarse cifras falseadas, se dio en los Estados Unidos, multiplicando los abortos por diez y por más de treinta las mujeres fallecidas por abortar clandestinamente. El Doctor NATHANSON así lo testimonia.

Por otra parte, la legalización del aborto tampoco reduce el número de los que siguen practicándose clandestinamente, como se ha comprobado en Francia e Inglaterra. El deseo de ocultarlo sigue impeliendo a ello; y, además, desaparece el freno que, antes de la despenalización, significaba la consideración de que se hacía algo intrínsecamente malo, mientras que después de legalizado, se tiende a pensar que el aborto clandestino sólo es formalmente incorrecto.

Sea la que fuere la cifra de abortos clandestinos, nos parece inaceptable la afirmación de que las leyes han de adecuarse a los hechos, sin pretender ordenar las conductas, ni corregir las que sean malas. Hace unos años, en Francia, lo había ironizado JEAN MADIRAN, al decir que, con ese criterio, y puesto que cada día se expiden más talones sin fondos, se efectúan más atracos y aumentan las violaciones y los secuestros, ¿por qué no legalizarlos también... y cargar la reparación de los daños a la Seguridad Social?

Y, si se trata de impedir la desigualdad, por resultar irritante la que existe entre quienes van a abortar al extranjero y las que no pueden salir de España por falta de medios, ¿por qué no proveer, también, en aras a esa igualdad, con cargo a la Seguridad Social de un material de armamento más sofisticado a los atracadores menos bien dotados, y, a cargo del Ministerio de Educación, de la instrucción adecuada a los que sean más novatos para ponerles en igualdad de oportunidades respecto de los profesionales expertos? ¿Por qué no acercar a la frontera los terroristas que actúen en el centro de España, para que no tengan menos oportunidades de escapar al extranjero que la de los etarras, para llegar

a Francia?

La igualdad ante el delito sólo puede consistir en extremar la persecución de los que aún escapan a la justicia, aunque hayan delinuido en el extranjero —como hizo la Sala 2<sup>o</sup> del Tribunal Supremo el 20 diciembre 1980, en un caso de aborto perpetrado en París—, y no facilitando que todos puedan realizarlo impunemente al no poderse atrapar y castigar a algunos.

10- — Llegamos al problema final de esta conferencia y, tal vez, el más concretamente discutido en ciertos círculos. Una cosa —se dice— es *legalizar* y otra *despenalizar*. El aborto no cabe legalizarlo, ni se pretende; de lo único que se trata —se dice— es de despenalizarlo en algunos supuestos.

Para percatarnos del alcance de esta perspectiva creemos de interés detenemos unos momentos ante la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 25 de febrero de 1975, referente a la redacción de los artículos 218 y 219 de su Código Penal conforme la reforma de 18 junio 1974.

El Tribunal efectuó, entre otras, las siguientes consideraciones jurídicas:

“—El *todos tienen derecho a la vida*” (del art. 2, § 2, de la Constitución alemana) ha de interpretarse primeramente partiendo de su tenor literal. En este sentido, los conocimientos biológicos y fisiológicos afirman que la existencia histórica de un individuo empieza a los catorce días de la concepción (anidación), bien entendido que el desarrollo tiene un carácter continuo que ni permite cortes definidos, ni termina con el nacimiento, ya que —por ejemplo— los fenómenos específicos de conciencia de la personalidad humana se inician bastante tiempo después. Se concede el derecho a la vida a todo el que ya vive, sin distinción según se haya llegado o no al nacimiento.

“No es válida la objeción de que el «todos» o el «cada uno» se refiere generalmente, en lenguaje vulgar y jurídico, a la persona humana ya «lista», pues la esencia y finalidad del artículo 2<sup>o</sup>, párrafo 2<sup>o</sup>, frase primera de la Constitución obligarían siempre a extender la protección a la vida del feto. El aseguramiento de la existencia humana frente a los abusos del Estado quedaría incompleta si no comprendiera la vida del *nasciturus*. Esta exégesis responde al principio anclado en la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional, de que «en los casos dudosos ha de elegirse aquella interpretación que con mayor fuerza asegure la eficacia de la norma fundamental». ”

—El derecho de la mujer al libre desarrollo de su personalidad “viene limitado por la Constitución y la ley moral. No se puede intervenir en la esfera jurídica ajena sin razón justificativa, y menos aún destrozarla juntamente con la vida, sobre todo cuando, según la naturaleza de las cosas, se tiene una particular responsabilidad frente a esa vida. El compromiso resulta aquí imposible, ya que el aborto significa siempre la pérdida definitiva de la vida del *nasciturus*. Habrá de darse preferencia a esa vida por delante de la autodeterminación de la embarazada, como se desprende del artículo 1º, párrafo 1º, de la Constitución, en relación con su artículo 19, párrafo 2º. No caben distingos temporales, porque la jerarquía de valores no los tolera.

“El Estado debe arrancar básicamente del deber de la mujer a llevar a buen término el embarazo y, por lo tanto, considerar el aborto como un injusto. El ordenamiento ha de reflejar claramente su desaprobación, evitando la falsa impresión de que abortar es algo así como la visita normal al médico en caso de enfermedad. No puede el Estado eludir sus obligaciones acudiendo a un «espacio jurídicamente vacío» que trasladase a los individuos toda decisión responsable.”

—“Al legislador corresponde pronunciarse acerca de cómo ha de cumplir el Estado su deber protector de la vida del feto. La preferencia de las medidas preventivas sobre las represivas es válida también en esta cuestión y por eso ha de acudir el Estado, en primera línea, a las oportunas medidas político-sociales v asistenciales. Sin embargo, las posibilidades de intervención desde ese ángulo son limitadas, con lo que surge la pregunta de si el Estado viene obligado a recurrir a la sanción penal para proteger la vida del *nasciturus*. La respuesta exige, de una parte, examinar el valor del bien jurídico lesionado v el daño social de la acción, y de otra, considerar la normativa tradicional, la evolución de las opiniones en la sociedad moderna, la eficacia práctica de las amenazas penales y la posibilidad de su sustitución por otras sanciones.

“Aunque el legislador no se halle obligado a emplear la misma reacción penal en la defensa de la vida del feto que en la de la vida de la persona independiente, entre los valores elementales dignos de protección penal se cuenta la vida. *La denominación* «interrupción del embarazo» no oculta la realidad de una muerte como resultado de una conducta injusta. Con todo, la pena nunca es fin en sí misma, por lo que el legislador puede expresar su desaprobación del embarazo de modo distinto al representado por la sanción penal. Lo decisivo es que la totalidad de las medidas para salvaguardar la vida del feto —sean de

naturaleza civil o de Derecho público, en particular de carácter social o penal— garanticen una protección efectiva proporcionada a la importancia del bien jurídico que ha de asegurarse. La norma penal queda como «última ratio». No se trata entonces de un «deber absoluto» a castigar penalmente, sino de una «relativa obligación» a emplear la amenaza penal cuando los restantes medios resulten insuficientes.”

—“La obligación del Estado a proteger la vida del feto se da también frente a la madre, si bien en este caso surjan problemas especiales en atención a la posición singular de la mujer embarazada. Los efectos de la gravidez significan un cambio profundo en la propia vida de la gestante y una restricción de sus posibilidades de desarrollo personal, sin olvidar situaciones de peligro próximo. En consecuencia, el derecho a la vida del «*nasciturus*» puede suponer para la mujer una carga muy superior a la que generalmente comportan los embarazos, lo que desemboca en el problema de la exigibilidad, o, en otras palabras, la cuestión de si el Estado puede forzar entonces, acudiendo al Derecho penal, la continuación del embarazo. Una renuncia a la pena en esas condiciones sería, en principio, constitucional, como resultado de la valoración comparada que compete al legislador.

“La no exigibilidad requiere una situación anormal en la que la mujer haya de soportar particulares circunstancias agravantes. . .”.

Partiendo de esas consideraciones, el Tribunal se enfrenta con las dos facetas de la despenalización abordadas: la *distinción de términos* (antes de las doce semanas v después) y las *indicaciones*, fallando que también en las primeras doce semanas es necesario para la despenalización del aborto que, en él, se den algunas de las indicaciones previstas, semejantes a las del Proyecto que comentamos.

Y ahí vienen otras consideraciones, de las cuales conviene recoger algunas:

—“ . . Debe recordarse la función de prevención general que el Derecho penal tiene, así como que la mera existencia de la amenaza penal influye en las valoraciones de los ciudadanos, y debe prevenirse el peligroso paso que va desde lo tolerado a lo permitido moralmente.

“La contraposición global de vidas contra vidas lesiona el deber de protección individual de cada vida concreta. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha recogido el principio de que la anticonstitucionalidad de un precepto legal que, de acuerdo con su estructura y efectos reales, perjudica a un determinado círculo de personas, no puede ser contradicha con la afirmación de que favorece a otro colectivo. Este principio es de particular aplicación respecto al bien ju-

rídico «vida». Cada vida humana —también la del feto— encierra un valor igual y por ello no admite ningún sometimiento a valoraciones diferenciadoras o a consideraciones cuantitativas...”

—“...Las reservas que el legislador tenga sobre la indiferenciada amenaza penal, existe hasta ahora, no le libera de la obligación de intentar el logro de una mejor protección mediante una normativa diferenciada conforme a la que seguirían criminalizados los abortos merecedores de desaprobación constitucional. Si se acepta que la protección de la vida del feto goza de preferencia frente al derecho de la mujer a la libre configuración de la suya, no cabrá discutir el carácter antijurídico del aborto no amparado por una indicación.”

Y aún es de destacar el siguiente párrafo que merece ser meditado:

“Han de rechazarse, como inoportunas, las alegaciones según las cuales la nueva regulación respondería a una tendencia general liberalizadora en los países democráticos occidentales. Prescindiendo de que esos ordenamientos son muy discutidos en sus respectivos países, los criterios jurídicos a tener en cuenta por cada legislador pueden no coincidir.”

El fallo acepta la despenalización del aborto dentro de las doce primeras semanas por un médico con autorización de la embarazada en caso de haber sido esta violada, y si «existen fuertes razones para creer que el embarazo se debe a tal hecho”.

Y, finalmente, que: “El Tribunal puede abstenerse de un castigo según el artículo 23 del Código Penal si la interrupción del embarazo ha sido practicada en las doce primeras semanas desde la concepción por un médico, con el consentimiento de la embarazada, para apartar de ésta el peligro de una evidente situación de estado de necesidad que no pudiera ser evitada de otro modo exigible a la misma.”

11. — La línea, un tanto basculante, del razonamiento de esta sentencia del Tribunal Constitucional alemán, al tratar de hallar la respuesta a la cuestión de «si el Estado viene obligado a recurrir a la sanción penal para proteger la vida del *nasciturus*», se nota más claramente si alineamos las siguientes reflexiones que va desgranando: «La denominada ‘interrupción del embarazo’ no oculta la realidad de una muerte como resultado de una conducta injusta...» «Lo decisivo es que la totalidad de las medidas para salvaguardar la vida del feto —sean de naturaleza civil o de Derecho público, en particular de carácter social o penal— garanticen una protección efectiva proporcionada a la

importancia del bien jurídico que ha de asegurarse...», «y debe prevenirse el peligroso paso que va desde lo tolerado a lo permitido moralmente. ...». «Cada vida humana —también la del feto— encierra un valor igual y por ello no admite ningún sometimiento a valoraciones diferenciadoras o a consideraciones cuantitativas...». «Si se acepta que la protección de la vida del feto goza de preferencia frente al derecho de la mujer a la libre configuración de la suya, no cabrá discutir el carácter antijurídico del aborto no amparado por una indicación,»

¡Ahí está la cuestión!..., porque la salvedad final de esta última frase puede resultar en contradicción con la observación que inmediatamente antes hemos transcrito de la misma sentencia. Para ponderarlo vayamos a los dos últimos puntos del fallo.

En uno —el del aborto en caso de violación— si “existen fuertes razones para creer que el embarazo se debe a tal hecho” —exigencia bastante mayor que la consignada en el proyecto del Gobierno, que aquí comentamos, de que “el mencionado hecho hubiese sido denunciado”—, el fallo nos parece totalmente incongruente, con la repelido afirmación: “Cada vida humana —también la del feto— encierra un valor igual, y por ello no admite ningún sometimiento a valoraciones diferenciadoras o consideraciones cuantitativas”. Y, sin embargo, la violada —una vez pasada la situación de legítima defensa, con el margen de las siguientes doce semanas—, que si diera muerte a su violador, incurriría en delito con su consiguiente pena, en cambio se le exime de pena en el caso de que haga morir al fruto inocente de la violación sin que pueda achacársele culpa alguna. Las “*valoraciones diferenciadoras*” aquí parecen hechas y al revés.

Por el contrario, en el otro punto, es decir, en el final del fallo, que se refiere al aborto terapéutico, únicamente admite que el Tribunal pueda abstenerse de imponer un castigo cuando el aborto se realice —en el tiempo y circunstancias previstas— “para apartar de ésta (la embarazada) el peligro de una evidente situación de estado de necesidad que no pudiera ser evitada de otro modo exigible a la misma”.

Es decir, requiere el estado de necesidad, no evitable de otro modo exigible a la embarazada. Aplicación que no necesitaría despenalización legal expresa; pues ésta, por sí sola, resulta de la aplicación del estado de necesidad y, ni siquiera, se podrá tratar de un aborto directo, sino indirecto, en cuanto resultaría salvar del único modo exigible el estado de necesidad.

12. — Conviene que repasemos unos momentos, para esa aplicación, la regulación que nuestro Código Penal hace del estado de



necesidad .

Art. 8. — “Están exentos de responsabilidad criminal”...

“7º El que impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurran los requisitos siguientes:

“1º Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar.

“2º Que la situación no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto.

“3º Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.”

De ahí resulta que, para su aplicación como eximente, en caso de aborto, es preciso:

- Que esté en juego la vida de la madre frente a la del feto, puesto que es necesario que “*el mal causado no sea mayor del que se trata de evitar*”.
- Que no haya otra manera de evitarlo, en el sentido que no se trate de matar el feto, sino de salvar la vida de la madre aunque aquél aborte.
- Que el estado de necesidad coincida cronológicamente con el aborto indirecto, efectuado para salvar la vida de la madre.

Por lo que hemos visto, en los transcritos informes de la Real Academia de Medicina y del Colegio Oficial de Médicos este supuesto resulta cada vez más difícil que se dé, dados los adelantos médicos. Implica que el tratamiento seguido o la operación efectuada para salvar la vida de la madre produzca la muerte del feto. En el supuesto de enfermedades de causa ovular, se señala como de especial gravedad, en el primer trimestre, la hiperhemesis gravídica, que puede provocar cuadros muy graves de desnutrición, ante la cual de eliminarse el embrión cesarían los vómitos, pero tal aborto implicaría, a su vez, un riesgo, mientras que de efectuarse el tratamiento médico de la desnutrición, se curará la gestante sin introducir ese nuevo factor de riesgo. Parece que, durante el segundo trimestre, no se plantean graves problemas para la vida ni la salud de la embarazada. Pero, al llegar al tercer trimestre, es posible la edemonecrosis, que en los casos graves llega a causar hasta un 11% de mortalidad materna, con un riesgo para la vida de la madre superior al de la práctica de un aborto; pero la edemonecrosis tiene un tratamiento médico cuyos riesgos son menores

que los producidos por el aborto en esta etapa del embarazo, y, aún, en caso de resultar ineficaz ese tratamiento médico, cabe, con menos peligro que el aborto para evacuar el útero, la práctica de la cesárea, no sólo para curar la edemonecrosis, sino también para salvar la vida del feto, que hoy, gracias a los avances de la Medicina, puede vivir en una incubadora durante los tres últimos meses.

Aparte de los rarísimos casos en que pueda darse la situación de estado de necesidad, con todos los requisitos que puedan resultar eximentes de un aborto indirecto, cabe también, sin duda, supuestos de eximentes incompletas o de atenuantes, conforme el artículo 9, 1º, del Código Penal. Ello muestra que no hay ninguna razón justificativa de un cambio legislativo por los supuestos contemplados en el número 1º del Proyecto, injustificado como los otros dos, fuera de los casos en los que resulta es innecesaria la despenalización porque ya se halla cubierta por la eximente del estado de necesidad, aunque, naturalmente, en el caso de darse todos los requisitos precisos para su aplicación, y ¡no como apertura de una nueva eximente sin fundamento racional!

Vamos a tocar la pretendida distinción entre *legalizar* y *despenalizar*, en cuya cuerda floja hemos visto vacilar —tal vez por una impalpable influencia ambiental— a los autores de la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán.

La distinción, tratándose del aborto tal como se halla redactado y planteado el proyecto de reforma, resulta en este caso falsa. Lo acaba de hacer notar el Profesor JOSÉ CABRERAS LLANSANA;

“A este respecto no cabe engañarse: la despenalización, en el caso del aborto, equivale a algo muy distinto a la mera ausencia de pena; mientras se habla de despenalización, la presión en la calle y las consecuencias que se ocultan pero se deducen directamente del proyecto de Ley, conducen directamente a la «legalización» del aborto, que entraña, entre otras cosas, que las clínicas que hoy funcionan clandestinamente o enmascaradas puedan actuar a la luz del día y que se llegue a poner a disposición de los abortistas los fondos y medios de la Seguridad Social. Cuando se dice que el médico podrá practicar el aborto, en ciertas condiciones y si lo permite la madre (¡no faltaría más!), se está dejando vía libre al aborto, con la consiguiente «legalización». No es raro que un ministro, acuciado por la entrevistadora, haya confesado impremeditadamente que el aborto sería atendido por la Seguridad Social.

“Como ha ocurrido en otros países, se trata de sustituir el juicio

de reproche que hasta hoy ha merecido el aborto por un juicio de reproche social dirigido contra los médicos y profesionales que se nieguen a practicar el aborto o a colaborar en él haciendo uso de la cláusula de conciencia.

No caben en este punto términos medios: o se sigue manteniendo el principio de que atentar contra la vida del no nacido es antijurídico —con los correspondientes tipos delictivos—, o el Estado no sólo deja de proteger la vida, sino que apuesta abiertamente en favor de quienes atentan contra ella.

“Y ahí está el fallo de las tesis preabortistas y del proyecto de Ley. Se dan argumentos en favor de la despenalización para obtener, como consecuencia de los mismos, la legalización, con un auténtico salto en el vacío.

Hace años —más de treinta— indiqué que, mucho más que el contenido teórico de la Ley, interesa la reacción que provoca en el organismo social. En ese caso se ofrece muchas dudas cuales van a ser las consecuencias inmediatas de que el proyecto del Gobierno llegue a ser Ley. Consecuencias... en muchas mujeres, en médicos, en negocios abortistas con sus riesgos cubiertos con la letra de la Ley, en qué la Seguridad Social se haga cargo de los abortos despenalizados y, especialmente, en un holocausto de vidas inocentes.

*En conclusión:*

Para los católicos la voz del Papa resuena clarísima.

La voz de las ciencias biológicas y médicas tampoco ofrece dudas.

El derecho no puede ir contra la verdad —“*hustitia est veritatis*” — ni contra la justicia que debe defender, y, con ella, en primer lugar, la vida humana inocente, por todos los medios asequibles, civiles, administrativos y penales, sopesando bien las consecuencias de no hacerlo así.

Se ha dicho que no es correcto alegar la ciencia cuando están en juego las ideologías.

¡Es asombroso! ¡Es la mayor autocrítica que puede hacerse a una ideología que, así superpone su voluntad de imponerse a toda realidad! ¿Se impondrán ahora las ideologías preabortistas, porque dominan el poder legislativo?

Vienen de la mano, aquí, unas palabras de JULIÁN MARÍAS publicadas hace unos meses en la prensa diaria:

“Piensan que la aceptación social del aborto es lo más grave que ha ocurrido, *sin excepción*, en el siglo XX.

“Vivo angustiado hace años al saber que todos los días se mata, fría y metódicamente, a miles de niños aún no nacidos se les impide llegar a ver la luz, se los expulsa del seno materno —la más íntima y profunda de todas las cosas del hombre—, se los echa a morir. Me angustia todavía más el ver a tantas personas que hace muy pocos años se hubiesen horrorizado de esto —mejor dicho, que se *horrorizaban*—, aceptarlo sin pestañear.” «Poco importa que el aceptar el aborto sea lo más reaccionario que puedo imaginar, la regresión a formas de barbarie prehistórica o de los albores de la Historia, en que la exposición de los niños (a veces de las niñas solamente) era un uso aceptado.»

Si la ideología abortista triunfa, es de temer que también aquí en España, se sacrificarán anualmente mayor número de inocentes que el de seres humanos se cuenta —con horror— sacrificaban los aztecas en sus fiestas a su dios sanguinario Huitzilpochtli. Con ellos, la verdad y la justicia, tal vez la conciencia social y el instinto de maternidad de muchas mujeres se sacrificarían al sistema o a la ideología que —con ese sistema— ha llegado al poder.