



BIOÉTICA EN PLURAL

coord. por

M^a Teresa López de la Vieja

México/Madrid: Plaza y Valdés

ISBN 9788416032310

Pp. 243-300

Los grados del vivir

**Lorenzo Peña
y Txetxu Ausín**

Los grados del vivir

LORENZO PEÑA
& TXETXU AUSÍN

2014

LOS GRADOS DEL VIVIR

por Lorenzo Peña y Txetxu Ausín*
CSIC. Instituto de Filosofía. JuriLog

Sumario

0. Introducción. 1. El valor de la vida humana. 2. ¿Cuándo surge el nuevo ser humano? Las teorías conceptiva y aperceptiva. 3. Nuestra propuesta gradualista. 4. Grados de licitud e ilicitud de la interrupción del embarazo. 5. El conflicto entre los pro-vida y los pro-elección. 6. Abortos lícitos y abortos ilícitos en el orden jurídico-civil. 7. La reforma legislativa de 1985. 8. La indicación mal llamada «eugenésica» en la despenalización de 1985. 9. El derecho a la vida como derecho de libertad o de bienestar. 10. Nuestros acuerdos y nuestros desacuerdos con los pro-vida. 11. La prohibición de causar efectos ilícitos. 12. ¿Vidas que no valen la pena de ser vividas? 13. ¿Aborto posnatal o infanticidio prenatal? 14. Conclusiones.

0. Introducción

Este artículo defiende la idea de que la vida, la existencia misma del ser vivo (y de cualquier otro de nuestro mundo) es algo que se da por grados; y, en particular, el surgimiento de la vida es un proceso gradual, un paulatino tránsito —por eslabones concatenados que se van sucediendo— del no vivir al vivir, de no pertenecer a pertenecer a la familia humana (o sea, a la especie humana).

Lejos de la lógica binaria del todo o nada, la adquisición de la vida humana es, pues, un *continuum*, en el cual podemos, tal vez, concebir un cero de partida (si bien ese supuesto no deja de encerrar dificultades, no habiendo sido unánimemente aceptado por los filósofos), sin llegar nunca a una plena vida humana, que no se da. Lo que sí se da es un grado u otro de vida que podamos considerar suficiente, como el que tienen los seres humanos desde su niñez.

La tesis principal de este ensayo es que el supuesto que más justifica interrumpir la formación del incipiente ser humano —en algún punto de ese continuo— es el aborto eutanásico o aborto por indicaciones fetales (*abortion on the grounds of fetal indications*) —mal llamado «eugenésico», en el cual el fin perseguido es el bien del propio niño, para ahorrarle una vida de gravísimas dolencias y gran sufrimiento.

1. El valor de la vida humana

El ser humano, todo ser humano, es un valor y tiene valor. Posee un valor por ejemplificar una propiedad valiosa, la de ser-humano. Ser un humano es mejor que no serlo, al menos en el ámbito de los seres vivos, porque significa pertenecer a una especie con más capacidad vital, intelectual, cultural y creativa. Pero, aunque no fuera así, el ser humano, individual y colectivamente, es valioso

en relación al propio ser humano, porque para cada ser vivo y para cada especie viviente su ser es valioso. Y cada individuo humano es depositario de ese valor.

Pero, además, un ser humano es un valor, porque cada individuo es una propiedad de sus partes constitutivas, siendo valioso ser una parte constitutiva de un ser humano.

Las sociedades humanas tienden por naturaleza a proteger y juridificar esos valores, el genérico del ser humano y el individual de cada ser humano, prohibiendo interrumpir cualquier vida humana. Una interrupción o terminación voluntaria es una occisión, normalmente calificada de «homicidio» una vez que el individuo que la sufre ya está desprendido del seno materno, poseyendo un *ubi* disjunto del de su gestadora (aunque sean contiguos). En el pasado las dudas y el desconocimiento retrajeron a las sociedades de calificar con el mismo vocablo la occisión del feto. Los debates del último siglo acerca de la licitud del aborto han presupuesto, en cualquier caso, que ni los adversarios ni los partidarios de esa licitud (bajo determinadas condiciones) han considerado que, jurídicamente, baste la prohibición del homicidio; de ser así, estaría de más la inclusión en el código penal de un delito de aborto. Los realineamientos doctrinales acarreados por la necesidad de justificar la postura defendida por cada bando en esa contienda ideológica han solido conducir al enfrentamiento de dos posturas tajantes: la de quienes estiman que el aborto sí es homicidio (por lo cual deberían, *de lege ferenda*, pedir que se suprima ese delito diferenciado) y la de quienes estiman que no hay vida humana antes del nacimiento.

Ciertamente hay posturas intermedias, pero son intermedias, no en sostener, con relación al embrión y al feto humano, una situación jurídica intermedia entre el derecho a vivir y la falta de tal derecho (un grado inferior de prohibición de la interrupción de su vida), sino sólo en colocar la frontera entre la licitud y la ilicitud de esa occisión en uno u otro instante entre la concepción y el nacimiento; p.ej., el día en que se produce la anidación, o aquel en que convencionalmente se pasa de la denominación de «embrión» a la de «feto». Puede ser el día 140 desde el coito o cualquier otro. En esa frontera se tendría, a un lado, plena licitud de la occisión y, al otro, plena ilicitud de la misma. Y es que quienes así lo ven (que son todos, pro-abortistas y antiabortistas) creen que hay, que tiene que haber lógicamente un punto de corte tal que antes no hay vida humana y después sí la hay.

2. ¿Cuándo surge el nuevo ser humano? Las teorías conceptiva y aperceptiva

Desde el punto de vista metafísico hay dos opciones principales en lo tocante al momento en que surge, como ser vivo dotado de individualidad humana, el producto de una procreación. La primera opción es el momento de la concepción. La segunda, el momento en que el nuevo ser alcanza un estado de percepción o apercepción suficiente para considerarse un miembro actual de la especie y no meramente un miembro potencial. Llamamos a la primera «la teoría conceptivista» y a la segunda «la teoría aperceptiva».

Aunque usamos una locución única para la segunda opción, no se nos oculta que se descompone en varias subopciones. Una entiende como momento de origen aquel en el que el embrión alcanza algunas percepciones sensoriales o propioceptivas y seguramente alguna capacidad de sentir placer o dolor. Esta opción entiende, pues, que el momento en que surge el nuevo ser humano es relativamente temprano en la gestación. Otra subopción rehúsa atribuir el estatuto de ser humano a uno que tenga meras sensaciones, requiriendo una apercepción en sentido leibniziano, que viene a equivaler aproximadamente a la conciencia (*awareness, consciousness*). Es dudoso si el feto la alcanza. Seguramente hay infinitos grados de apercepción; la conciencia en sentido fuerte, la auto-conciencia, al parecer no la tiene ni siquiera el bebé, sino que, según los psicólogos y neurólogos, se adquiere bastante después del nacimiento.

La mayor dificultad que encierra la opción aperceptiva es que el embrión —o el niño ya nacido— alcanza el umbral perceptivo o aperceptivo paulatinamente, sin corte alguno. Entre dos días sucesivos de su desarrollo, sean los que sean, jamás ocurre que en el primero carezca por completo de apercepción y en el segundo la tenga plenamente. Entre esos dos días, no sólo la diferencia será meramente de grado, sino, además, pequeña, pequeñísima, desdeñable. Y, como los días son lapsos infinitamente divisibles, aun suponiendo que la diferencia de un día marcara un hito, sería un tajo arbitrario en el continuo temporal.

Esa dificultad de la teoría aperceptiva no desalienta a sus partidarios, que cuentan a su favor argumentos sólidos. Podemos distinguir dos implementaciones metafísicas de la teoría (en el fondo muy similares, si no idénticas): la hilemorfista aristotélico-tomista y la constitucional. En ambos casos se trata de proponer que el individuo humano es una persona y que la personalidad implica una psique, una vida anímica; la cual será, para los tomistas, el alma como forma sustancial del cuerpo; y, para los constitucionistas, algo parecido, una configuración de la materia que hace brotar la nueva entidad. Los constitucionistas explícitamente consideran similar la relación entre individuo y persona a la que hay entre la masa de mármol y la estatua producida por el escultor. El embrión sería como una masa de mármol.

Esas teorías distinguen, pues, la persona humana de su cuerpo. No la identifican con la forma o la figura, sino con el resultado de que la materia corpórea quede así conformada o configurada.

Los hilemorfistas y los constitucionistas pueden sostener que en el momento de la concepción ya queda el individuo animado o personalmente constituido, aunque no se vea, porque todavía le faltan los accidentes o manifestaciones externas concomitantes. Pero de hecho parece haber prevalecido históricamente en la doctrina aristotélico-tomista la idea de que la animación es posterior, igual que los constitucionistas tienden a retrasar el surgimiento de la persona humana a meses después de la fecundación (algunos incluso a años después del nacimiento).

Ahora bien, los adeptos de la teoría aperceptiva pueden ser tan defensores a ultranza del derecho a la vida del *nasciturus* como los de la teoría

conceptiva, pues pueden creer que un ser humano potencial tiene pleno derecho a su vida futura, como si ya fuera actual.

Los partidarios del aborto libre en un plazo inicial (p.ej. los primeros 143 días del embarazo o cualquier otro) siempre abrazan la teoría aperceptiva.¹

Pero esa propuesta de plazos introduce un salto en la consecuencia jurídica allí donde el supuesto de hecho es continuo, violando así un principio elemental que Leibniz llamaba *lex iustitiae*, el de proporcionalidad o similaridad (a supuestos de hecho relevantemente similares han de corresponderles consecuencias jurídicas similares). Estimamos que ese principio de proporcionalidad es una norma de derecho natural. Los adeptos de la solución de plazos han de reconocer que el embrión en el día equis (p.ej. el día 141 de la gestación) es casi igual al embrión al día siguiente (el 142). Sin embargo proponen que sea lícito matarlo hasta el día equis (sea equis 139, 145, 152 o el día que se escoja) pero prohibido matarlo al día siguiente. Y cuando dicen *lícito* entienden *plenamente lícito*, así como cuando dicen *prohibido* entienden *totalmente prohibido*, pues desconocen los grados de licitud.

Frente a la concepción aperceptiva o personalista del ser humano, en cualquiera de sus modalidades (hilemórfica, constitucionista, quizá otras) cabe objetar que hay seres humanos que tal vez lo máximo que adquieren en su vida es un grado bajo de percepción, jamás apercepción, pues tienen una vida apenas sensitiva, casi en la frontera con la meramente vegetativa, por gravísimas deficiencias somáticas, especialmente malformaciones cerebrales o anencefalia. No obstante, son seres humanos, seres vivos miembros de la especie humana.² Y es que es erróneo definir «hombre» como «animal racional», dejando incluso de lado que la especie humana no tiene el monopolio de la racionalidad. No todo hombre es racional, al igual que no toda gaviota tiene alas ni todo canario trina.

Además, aun los miembros normales de nuestra especie suelen perder paulatinamente la apercepción si su vida se prolonga hasta edades muy avanzadas, particularmente cuando sufren diversas formas de demencia senil. Además hay fases de carencia de apercepción en la dormición profunda o bajo los efectos de anestesia o sedación.

Si lo que cuenta es la posibilidad de adquirir o recuperar la apercepción, volvemos entonces a considerar que el óvulo recién fecundado ya es un ser humano; o sea, volvemos a la teoría conceptiva.

Mas la tan atractiva y aparentemente inatacable teoría conceptiva también está erizada de dificultades.

1. Seguramente ni uno solo se adhiere a la teoría conceptiva, porque, de hacerlo, tendría que admitir que está a favor de la licitud del homicidio en ciertos casos.

2. En qué grado lo sean es difícil de fijar, si ya no cabe esperar un desarrollo ulterior que los acerque a la normalidad psico-somática típica de nuestra especie.

La primera de ellas es que la propia concepción no es instantánea, sino que constituye un proceso, aunque sea rápido.³ No hay instante alguno de duración cero (corte temporal) tal que antes no se hayan unido en absoluto los dos gametos y después ya estén plenamente unidos. Ralentizando el proceso nos topáramos con dificultades similares a las que acechan a la teoría aperceptiva. Sólo la mayor celeridad de la unión de los gametos nos permite —con relación a nuestra cotidiana escala de cómputo temporal— fingir que se trata de una mutación repentina..

La segunda dificultad es que ya antes de la concepción tenemos al individuo futuro; lo tenemos ya existente, pues lo único que en ese momento es futuro es su individualidad humana. En efecto, son dos gametos los que se unen, un óvulo y un espermatozoide. Éste, en la fecundación —sea ésta natural, en el coito, sea artificial, o *in vitro*—, se acerca al óvulo en compañía de muchos otros. Parece que en la fase final de acercamiento todavía queda un séquito de un centenar de aspirantes, de los cuales —normalmente— sólo uno se unirá al óvulo.

¿Es indeterminista, o sea aleatorio, el proceso de selección? ¿U obedece a una ley de causa y efecto, rigiéndose por la determinación de los hechos naturales? Existe hoy, en la física, una mayoría de científicos que se adhieren al principio de indeterminación de Heisenberg en el nivel subatómico. No todos los físicos comparten ese punto de vista. Para otros hay que hablar de un principio de incertidumbre, superable por el conocimiento ulterior de variables ocultas, cuya posibilidad sigue estando en discusión.⁴

Pero, sea como fuere, todos los físicos concuerdan en reconocer que, de valer ese principio de indeterminación, sólo se aplica en el ámbito de las partículas subatómicas. Y los gametos son entes del ámbito supra-atómico. Sus movimientos están regidos por leyes naturales que, dado el estado actual del universo, permitirían a un conocedor omnisciente prever qué va a suceder. Está ya, pues, prefijado por las conexiones causales cuál vaya a ser el espermatozoide seleccionado.

De esos cien espermatozoides hay ya uno que, determinadamente, será el que ganará la carrera (si vale esa metáfora). Al estar cerca del óvulo, ya forma con él una pareja que, al unirse (como está predeterminado que se unirán) constituirá el nuevo ser. Pero, siendo así, es que ya esa pareja, antes de unirse constituye el nuevo ser; la unión es un paso, que será seguido por muchos otros, y que es precedido por el mayor acercamiento de los dos gametos predeterminados.

Ahora bien, ese par de gametos ya existían antes —cada uno en la gónada respectiva—, aunque aún no estuvieran cerca. Desde que existen, existe ya el nuevo ser humano, aunque su adquisición de la individualidad humana

³. La lentitud o rapidez de un cambio dependen de la escala temporal con que se mire.

⁴. Inició la polémica en los años 20 del siglo pasado Einstein, al afirmar que Dios no juega a los dados.

tendrá que atravesar por las fases del coito, la inseminación, la penetración del espermatozoide en el óvulo y las posteriores que forman el itinerario de la procreación.

Por consiguiente, la teoría conceptiva habría de transformarse en preconceptiva. Remontando más atrás, cada gameto, antes de estar individuado, sigue un proceso de formación, pudiendo —paso a paso hacia atrás— considerarse preformado incluso antes del nacimiento de los progenitores. Desembocamos en la teoría de Leibniz de que cada individuo pre-existe desde el origen del universo; según él, encarnado en una mónada coordinativa o dominante que unificará el haz de mónadas de su vida corpórea (una especie de alma, aunque sin la connotación del hilemorfismo).

La tercera dificultad que asedia a la teoría conceptiva es que en la concepción está aún por determinar si el resultado será un solo individuo o una colección de dos o más. No es que eso se decida al buen tuntún, sin causa. Pero no dependen del mero hecho de haberse producido la unión de los dos gametos aquellos hechos biológicos causantes de que, más adelante, tenga lugar una gemelación en algún estadio de la gestación (habiendo varias de tales coyunturas en las que puede ocurrir). De modo que, si esa unión de gametos determina la individuación y la existencia del ser humano individual, habrá que concluir que, en el caso de producirse más adelante gemelación, los gemelos son el mismo individuo o partes de un solo y mismo individuo, sean siameses o no. Tales conclusiones son sumamente inverosímiles.

De todo lo cual parece resultar que la teoría conceptiva no es menos problemática que la aperceptiva. En realidad, cada una dice sólo una parte de la verdad. La verdad es que el la adquisición de existencia, individualidad, vida y pertenencia a la especie humana es un proceso paulatino que se da por grados, infinitos grados. Una lógica binaria es incapaz de articular una visión racional de ese proceso. Se requiere una lógica gradualista.

3. Nuestra propuesta gradualista

Justamente a partir de las reflexiones precedentes nosotros proponemos la alternativa leibniziano-gradualista.

Leibniz fue un filósofo gradualista, que propuso el principio de continuidad, ya aludido más arriba, según el cual, al acercarse entre sí los argumentos de una función, han de acercarse también sendos valores funcionales. Se percató de que ese principio no se aplicaba universalmente en la matemática, pues hay funciones discontinuas, en las que se producen saltos. Sin embargo, consideró que tales funciones discontinuas eran aberraciones y que un mundo en el que se cumplieran los principios metafísicos (fundamento de su

filosofía) de perfección, plenitud, armonía y razón suficiente tenía que ser un mundo sin saltos, ya que un salto violaría cada uno de esos principios.⁵

Pero, pese a su sagacidad y a su mérito como lógico y como filósofo, Leibniz no supo llevar esos principios filosóficos al terreno de la lógica. En lógica siguió pensando con un esquema aristotélico de lógica binaria, de verdad pura y falsedad pura, sin —en ese terreno— abrazar un enfoque platónico de participación, de intensidades, de combinaciones de ser y no-ser. Nuestra propia contribución consiste en aplicar los principios de la filosofía leibniziana a la lógica;⁶ y desde esa lógica gradualista (*fuzzy*) abordar el problema del aborto, insoluble con los esquemas de la lógica binaria.

Ya hemos visto cómo,⁷ en la monadología de Leibniz, cada ser vivo preexiste (con existencia esbozada o incoativa) desde el origen del mundo y sigue existiendo —con existencia residual— tras su defunción. Como su filosofía es pampsiquista, para él todos los seres son vivientes, en algún grado. En esto no lo vamos a seguir y aun en la teoría de la pre-existencia y la pos-existencia vamos a abrazar sólo una versión muy debilitada de su punto de vista, limitándonos a pensar que, en alguna medida, el nuevo ser vivo ya preexiste antes de la unión de los gametos (nos referimos a seres de especies con reproducción sexual anisogámica) así como que pos-existe a su muerte, también en algún grado. No nos pronunciamos ni sobre el momento en que sucede la adquisición del más bajo grado incoativo o aquel, si lo hay, en el que, con posterioridad a la muerte, tiene lugar la extinción total. Es dudoso que se pueda demostrar nada al respecto. Estamos abiertos a los argumentos en uno u otro sentido.

El ser vivo en algún grado preexistente ya antes de la unión de los gametos ve aumentar su existencia, su individualidad, su vida y su pertenencia a aquella especie que es la suya a través de una cadena de pasos sucesivos, que van marcando las fases de la reproducción. A la cuestión de *si o no* oponemos la cuestión de *en qué medida*. A la disyunción oponemos la copulación. En las sucesivas fases del proceso, el nuevo individuo (ya) existe y (todavía) no existe, (ya) es y (todavía) no es un ser individual, (ya) pertenece y (todavía) no pertenece

⁵. Véase nuestro artículo «Leibniz on the Principle of Transition», en Hans Poser (ed.), *Nihil sine ratione: Mensch, Natur und Technik im Wirken von G.W. Leibniz*, Berlín, 2001, pp. 973-981. ISBN 3-9800978-9-7.

⁶. En el terreno del cálculo sentencial, del cuantificacional de primer orden y de la teoría de conjuntos, el primer coautor de este ensayo ha contribuido a la puesta en pie de una lógica gradualista, entre otros, con los dos trabajos siguientes: Lorenzo Peña, *Rudimentos de lógica matemática*, Madrid: Editorial CSIC, 1991, ISBN 84-000-7156-5; idem, *Introducción a las lógicas no-clásicas*, México: UNAM, 1993, ISBN 968-36-3451-6. La demostración de cómo esa lógica puede solucionar las paradojas del sorites (siendo el aborto un caso bien claro de sorites) viene suministrada en: Lorenzo Peña & Marcelo Vásconez, «Paso a paso: Una solución gradualista a la paradoja del sorites, lejos de la indeterminación y del agnosticismo», *Bajo Palabra*, II Época, Nº 5, 2010, pp. 399-418, ISSN 1576-3935.

⁷. Sobre lo fructífero de un enfoque gradualista para las cuestiones bioéticas, puede consultarse: Txetxu Ausín, «A Fuzzy-Logic Approach to Bioethics», en R. Seising & M.E. Tabacchi (eds.), *Fuzziness and Medicine: Philosophical Reflections and Application Systems in Health Care*, Berlín: Springer, 2013, pp. 133-143. ISBN 978-3-642-36526-3.

a la especie humana (o a la que le corresponda). Con cada nuevo paso, es mayor su grado de existencia y menor el de inexistencia.

No hablamos (aristotélicamente) de existencia potencial. No operamos con los conceptos de potencia y acto, ni de materia y forma. Aristóteles propuso una metafísica de modos de ser para reemplazar a la de su maestro Platón, que era de grados de ser, de mezclas de propiedades opuestas. Es esa vía platónica la que abrazamos y la que nos permite entender que la licitud o ilicitud de la conducta consistente en la occisión del nuevo ser (o en impedir su continuación) tiene un grado proporcional a aquel en que el nuevo ser humano haya alcanzado en su maduración. Ni siquiera el paso —usualmente considerado último— de su formación —la salida del claustro materno y el corte del cordón umbilical— puede verse, en rigor, como finalización de la formación del nuevo individuo.

Legislativamente ello debería desacreditar cualquier ley que marque cortes o saltos donde la naturaleza no los contiene. Y hay una fórmula para ello, que podría ser de este tenor: «En la medida en que alguien produzca la occisión de un ser humano sin que concurren causas de justificación suficientes, estará realizando una conducta ilícita sujeta a responsabilidad». La medida varía. Hay infinitas medidas. La ley no puede contener infinitos artículos. Será la jurisprudencia la que vaya aquilatando, por tanteos y rectificaciones, con flexibilidad, aproximadamente qué umbrales son pertinentes para determinar sendos grados de responsabilidad. Lo hará de manera evolutiva (y reversible), según el avance del conocimiento científico, la realidad social, las mentalidades de la población y otros factores —incluyendo el derecho comparado, porque ningún país vive en un compartimento estanco.

Con mayor razón habrá de ser la jurisdicción la que, de manera fluida y elástica,⁸ imponga a la gestante que haya optado por un aborto arbitrario (suponiendo que las haya) una indemnización a favor de quien represente el interés lesionado del *nasciturus*, como puede ser el progenitor masculino (si éste ni ha abandonado a su compañera ni ha incurrido en motivo de reproche),⁹ los abuelos (con precaución y reserva) o la propia sociedad, representada por el ministerio fiscal. Nos imaginamos que, en la mayoría de esos hipotéticos casos (que ignoramos si se dan realmente), sólo podrá imponerse una indemnización

⁸. La elasticidad paga un precio: sacrifica en parte la seguridad jurídica. Y es que entre justicia y seguridad jurídica hay una relación de amor/odio. Es injusta una sociedad donde reine una total inseguridad jurídica, pero también lo es una donde la seguridad jurídica se sobreponga a las exigencias de la propia justicia y de otros valores jurídicos. La maximización de la seguridad jurídica llevaría a una rígida regla del precedente jurisdiccional (*stare decisis*), que bloquearía y paralizaría la evolución jurisprudencial. Si una decisión judicial ha incurrido en injusticia, total o parcial, no se arregla nada imponiendo la misma injusticia en casos futuros. (V. García Manrique, Ricardo, *El valor de la seguridad jurídica*, México, Fontamara, 2007, ISBN 978-9684766556.)

⁹. Nos parece totalmente falso y hasta palmariamente absurdo el aserto de que se puede ser buen padre siendo mal marido o mal compañero. Ser buen padre implica acoger en el hogar familiar al nuevo ser humano, brindándole la protección y crianza que necesita, cuyo marco más adecuado es la patria potestad conjunta del padre y la madre unidos en ese proyecto familiar. Si ya en el comienzo el progenitor masculino transgrede ese deber, queda incapacitado de raíz para asumir ningún título de padre.

esencialmente simbólica.¹⁰ La sanción, más que en un resarcimiento, estribaría en una amonestación, una condena civil disuasoria de la comisión de conductas similares.

En todo caso, pensamos que, cuando la occisión se produce en el claustro materno por decisión de la embarazada, la responsabilidad ha de ser siempre extra-penal, por los motivos que indicamos más abajo (el derecho a la intimidad corporal como eximente de responsabilidad penal de la mujer gestante).

4. Grados de licitud e ilicitud de la interrupción del embarazo

Llevando a sus lógicas consecuencias el enfoque gradualista, la responsabilidad (extrapenal) de un aborto arbitrario (no motivado por razones suficientes) será tanto mayor cuanto más verídico sea calificarlo de infanticidio prenatal.

Lo será en medida ínfima en las horas que siguen a la unión de gametos para ir incrementándose paulatinamente con cada día que pasa, hasta el 280 aproximadamente. Naturalmente también hay otras variables que co-determinan el grado en que el incipiente ser es un humano. La maduración no es uniforme. Hay aceleraciones y períodos de lenta maduración. Seguramente también influyen ciertas variables externas. Pero mucho de todo eso nos es desconocido, al paso que la cuenta de los días tiene una base más firme.¹¹

Por el otro lado, el grado de responsabilidad (no penal) varía asimismo según la suficiencia o insuficiencia de los motivos invocados por la gestante para decidir la interrupción del embarazo. Entre una justificación plena y una total prohibición hay grados de parcial licitud y parcial ilicitud. Esos grados dependen de aquellos en los que sea verídico el motivo invocado y éste realmente justifique la conducta. Entre ellos podemos citar: (1º) la aflicción, congoja o tierna edad de la embarazada; (2º) el desvanecimiento de un plan racional de poder ofrecer al futuro niño un hogar conyugal estable y acogedor (a causa de la conducta del genitor masculino, p.ej. de sus infidelidades, fomentadoras de la desconfianza en la pervivencia del vínculo conyugal); (3º) las condiciones de vida miserables o de extremada vulnerabilidad de la pareja (p.ej. el desempleo o el peligro de desahucio); (4º) en general, una vida de desasosiego, zozobra y precariedad —que puede venir determinada también por causas no económicas—; (5º) la imposibilidad legal de que el parto quede desligado del establecimiento de vínculo de filiación legal con la gestante (cuando a ésta, por sus condiciones

¹⁰. No obstante, son concebibles (y posiblemente se dan) casos donde la indemnización debería ser cuantiosa. Pensemos en potentadas de la clase política o de las altas esferas empresariales, que no dudan en matar al niño que llevan en su seno por motivos de ambición o codicia (v.g., por ser, ante la perspectiva de una herencia, un potencial adversario de ella misma —o de un tercero a quien desea favorecer— o por venir a destiempo, cuando se va a asumir un suculento cargo que requiere total dedicación, sabiendo que las ocasiones las pintan calvas.

¹¹. No del todo firme pues el inicio del cómputo puede ser el momento de las últimas reglas o el día del coito, o el de la implantación de un embrión fecundado *in vitro*.

personales, le resulta muy difícil y penoso asumir la función de madre legal); (6º) las complicaciones del embarazo para la salud de la gestante.

Ya hablaremos del motivo principal, máximamente justificativo, que es el bien del propio ser cuya gestación se interrumpe.

Mucho más dudosos —si no plenamente descartables, en todo caso aminorables en su aptitud justificativa— son dos motivos frecuentemente aducidos: el obstáculo para la carrera profesional de la madre y el costo de la crianza (factor que, a su vez, tiene mayor o menor valor justificativo según el grado de pobreza del hogar y las ayudas sociales o falta de las mismas). Por otro lado, la fantasía de cada cual podría inventar motivos sin valor justificativo, como no querer que nazca un hijo en un mundo donde hay injusticias, o en un mundo con contaminación, o el temor al presunto peligro de expansión demográfica o los malos presagios o un voto o el sexo del feto (cuando la ecografía ya permite detectarlo). Menos aún vale como razón que la embarazada así lo ha querido y punto.

Por último, hay una circunstancia agravante del aborto, que parece desconocida en nuestro derecho positivo, pero que se deduce de normas de derecho natural: el aborto ha de ser indoloro e instantáneo. Sin duda la interrupción del embarazo en sus primeras etapas siempre lo es, pero, cuando se ha alcanzado el estadio en que se emplean medios quirúrgicos, la truculenta descripción que de los mismos hacen los sectores de opinión anti-abortistas no ha sido convincentemente respondida por sus adversarios. Parece que ese factor no entra en consideración. Pero sí entra, y muchísimo. Si se va a justificar la occisión de un feto con capacidad perceptiva, ha de hacerse de modo que no sufra. Puesto que, en nuestra opinión, de todos los supuestos justificativos el que mayor peso tiene es el aborto eutanásico, mal aplicaríamos esa justificación si convalidáramos una occisión dolorosa o dilatada en el tiempo, en lugar de una terminación súbita y sin dolor. Tal exigencia, evidentemente, se aplica exactamente igual a las demás causas de justificación. Es más, quizá la única excepción que podría considerarse a la despenalización que proponemos es el caso en el que se ha infligido al feto una muerte dolorosa.

5. El conflicto entre los pro-vida y los pro-elección

Diversas han sido las justificaciones del aborto que han propuesto los partidarios de su licitud.

El motivo más habitualmente invocado ha sido el derecho a decidir de la mujer gestante: la mujer es dueña de sí misma y, por lo tanto, de su propio cuerpo, con plena libertad con respecto a lo que pase en él, pudiendo hacer consigo misma y en sí misma lo que quiera, por alguna razón o porque le da la gana. Es la tesis de los *pro-choice* o eleccionistas.

La tesis eleccionista puede sustentarse, a su vez, en diversos fundamentos. Uno de ellos es el principio de «autonomía». Auto-nomía significa darse leyes (*nomos*) a sí mismo. En rigor sólo hay dos sistemas donde exista

autonomía individual: la anarquía y el despotismo. En el primero todos son autónomos; en el segundo, uno lo es.

Pero, ¿qué pasa con la autonomía parcial, limitada, relativa? Jurídicamente (como no sea en la «ley de autonomía del paciente», guiño a la moda terminológica) sólo se menciona la «autonomía de la voluntad» en el derecho de contratos, o sea esa parte del derecho privado que habilita a los individuos y grupos a contraer obligaciones entre sí, vinculándose mutuamente por un convenio que —según un viejo adagio de la jurisprudencia— «es ley entre las partes». En el contrato, cada contrayente es legislador y legislado.

Mas, ¿qué sentido tiene aplicar esa noción al individuo aislado, como si éste fungiera, en relación consigo mismo, como edictor de una norma y sujeto a la norma así edictada? Si, por ser autónomo, uno es amo o soberano de sí mismo, también será subordinado o súbdito de sí mismo. Es dudoso que sea esa segunda faceta la que haga atractiva la idea de autonomía, pero el hecho es que lógicamente la implica.

Quizá «autonomía» no quiera decir sino «libertad». Entonces, ¿por qué no hablar claro y llano, por qué no invocar la libertad, ese viejo y caro valor que los hombres han apreciado desde que el mundo es mundo, ese bien al que los poetas de todos los tiempos han proclamado preferible al oro o a la abundancia?

Pero la libertad no es ilimitada. Si se va a justificar el aborto por la libertad de la mujer gestante, hay que saber de qué libertad se trata.

Puede tratarse, en primer lugar, del derecho genérico de libertad, el derecho a hacer sólo todo lo que uno quiera, con las justificadas excepciones que marcan límites legales en aras del bien público (los derechos de los demás, la seguridad y la prosperidad colectivas y, en algún caso, los legítimos intereses del yo futuro). En el derecho constitucional español no está positivizado un derecho genérico a la libertad, aunque sí lo está en el francés.¹²

Además sería petición de principio invocar ese derecho a la libertad cuando está en discusión si es lesivo para los derechos de un tercero, en este caso el niño prenatal.

Puede tratarse, en segundo lugar, de la libertad como un valor superior del ordenamiento jurídico. Tal fundamento es demasiado abstracto.

Puede entonces invocarse, más que el derecho a la libertad, el supuesto derecho de propiedad de la mujer sobre su propio cuerpo, siguiendo la doctrina individualista de Locke reactualizada por Nozick. Es un enfoque filosóficamente inaceptable. Si el individuo humano se identifica con su cuerpo, la propiedad sobre es cuerpo es auto-dominación. Mas la relación de dominar es irreflexiva.¹³ Así pues, si el cuerpo humano es propiedad del individuo, éste no es su cuerpo;

¹². El derecho de libertad del art. 17.1 de la constitución española se circunscribe a la libertad ambulatoria.

¹³. Cabe aquí aplicar consideraciones similares a las que se refieren a la autonomía. En la medida en que uno domina, no es dominado; ni, por consiguiente, es concebible ser dueño de sí mismo.

p.ej. sería el alma. Mas jurídicamente el individuo no puede usar su cuerpo ni disfrutar de él según su voluntad (es en realidad el cuerpo el que experimenta placer y dolor). Menos aún puede disponer de él (enajenarlo).

Por otro lado está en discusión que el niño en su estadio prenatal, por el hecho de habitar en el cuerpo de la gestante y estar unido a él, forme parte de ese cuerpo. En todo caso las auto-mutilaciones son ilícitas. Aun suponiendo un hipotético derecho de propiedad sobre el propio cuerpo, estaría sujeto a limitaciones como cualquier derecho de propiedad: servidumbres legales, contractuales y consuetudinarias. En nuestro ordenamiento jurídico toda propiedad ha de cumplir una función social y contribuir a la riqueza nacional.

Alternativamente podría fundarse el eleccionismo en el derecho a la dignidad de la mujer gestante, entendida de tal modo que vendría conculcada por la continuación de una gestación no deseada. Jurídicamente en nuestro ordenamiento la dignidad se considera un hecho, no un derecho, aunque en rigor nadie sepa, a ciencia cierta, en qué consiste ese *hecho* de la dignidad. Y, de ser (el contenido de) un derecho, habría que probar que pasa por delante del derecho a la vida del *nasciturus*.

Descartados esos fundamentos tan endeblés, el más sólido en que puede ampararse el eleccionismo es el derecho a la intimidad. La intimidad o interioridad tiene grados. Existe un derecho a la intimidad de la vida hogareña, de los efectos personales, de las comunicaciones privadas; pero, sobre todo, el máximo derecho a la intimidad corporal. La constitución española sitúa el derecho a la intimidad en el art. 18.1, habiendo de entenderse —en la máxima intensidad de derecho a la intimidad corporal— como parte del contenido del art. 15, que no es un mero derecho a la vida, sino a vivir con integridad física y moral.

Que el art. 15 afirme el derecho a la vida (ya hemos visto que no a secas, sino a una vida con integridad) no determina que, por venir en primer lugar, ese derecho prevalezca siempre sobre cualquier otro. De ser así, el código penal, en las eximentes del art. 20, no podría nunca —como de hecho lo hace— legalizar un homicidio, salvo a lo sumo frente a otro homicidio (legítima defensa entendida restrictivamente).

Entendemos que el derecho a la intimidad corporal es un fundamento suficiente para la libre decisión de la mujer gestante. Pero, ¿es de suyo tal que haga lícita la occisión del niño prenatal, cualesquiera que sean las condiciones?

A nuestro juicio, no es así. Ese derecho a la intimidad corporal debería siempre ser, como mínimo, una excusa penalmente absolutoria, un hecho que haga inexigible —al menos para el derecho penal— el deber de continuar la gestación. Una excusa absolutoria es una circunstancia que no obsta a que el hecho sea, o pueda ser, un delito, ni siquiera a que su autor sea culpable (merecedor de reproche), pero sí impide que pueda aplicársele una pena, justamente por entender la Ley que la conducta legalmente prescrita resulta, dada esa circunstancia, inexigible. Tal calificación podría dársele a la conducta

de la gestante con relación al interior de su propio cuerpo, incluso si ésta debiera caracterizarse como constitutiva de delito.

Seguramente la fuerza del derecho a la intimidad corporal es mayor que para hacer de él una mera excusa absolutoria. Pensamos que, al menos, ha de entenderse como una causa de exculpación, o sea una eximente de responsabilidad penal, que quita no sólo la pena sino también la reprobación penal (como son causas de exculpación la ignorancia invencible, el miedo insuperable y la actuación en situación de perturbación psíquica). Sea cual sea la actuación de alguien en el interior de su propio cuerpo, el reproche penal habría de estar descartado.

Más dudoso nos resulta fijar nuestra opinión sobre si el derecho a la intimidad corporal ha de ser tal que implique la destipificación penal de la conducta abortiva, en cualquier supuesto. Posiblemente, bastaría cualquiera de las dos calificaciones precedentes —excusa absolutoria o eximente de culpabilidad—. Sin embargo, si siempre la mujer gestante que decida una interrupción del embarazo va a quedar penalmente amparada por una de esas dos calificaciones, está de más la tipificación del aborto en el código penal.

Sin embargo, hay un argumento que nos lleva (tentativamente) a considerar probable la opinión de que el derecho a la intimidad corporal debería ser, no sólo causa de inculpabilidad, sino causa de justificación, según lo preceptuado en el art. 20.7 CP: actuar en el ejercicio legítimo de un derecho. ¿Es legítimo el ejercicio del derecho a la intimidad usado para decidir una interrupción del embarazo? Pensamos que, siendo un derecho tan elevado en la jerarquía de los derechos fundamentales del individuo, su ejercicio siempre es al menos parcialmente legítimo. Y, siéndolo, debería bastar para que la conducta estuviera exenta de reprochabilidad penal. Por lo cual el aborto no debería estar nunca tipificado como delito.¹⁴

Por otro lado quienes —sin distinguir grados— conciban que el *nasciturus* es un ser humano, tampoco deberían estar de acuerdo con la existencia de un tipo delictivo de aborto, debiendo bastar el homicidio.¹⁵

Susténtese o no directamente la destipificación penal del aborto en el derecho de la mujer gestante a la intimidad corporal,¹⁶ la argumentación

¹⁴. Adelantamos ya, no obstante, que lo que hemos dicho no implica que tal ejercicio del derecho a la intimidad sea plenamente legítimo; puede serlo sólo en parte; mas esa parte basta para considerar que penalmente la conducta de la mujer gestante al interrumpir su embarazo siempre ha de ser no-delictiva.

¹⁵. En su concepción sería seguramente asesinato, por concurrir la circunstancia de alevosía.

¹⁶. La intimidad (*privacy*) está también en la base de la argumentación del Tribunal Supremo de USA cuando anula la ley de Tejas contra el aborto en el famoso caso *Roe v. Wade*, donde amplía el ámbito de la intimidad hasta incluir en él la decisión de una mujer sobre la interrupción o la continuidad de su embarazo. (*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), p. 153.

precedente nos conduce, en cualquier caso, a preconizar, *de lege ferenda*, la supresión del delito de aborto.¹⁷

La mayoría de las conductas ilícitas no son delictivas. El derecho penal es una *ultima ratio*, con vocación de excepcionalidad y sujeción a un canon de tipicidad. De entre las múltiples conductas legalmente prohibidas, el derecho penal selecciona unas pocas, netamente delimitadas en su configuración, por su mayor gravedad, por el peligro que suponen para la convivencia, por el consenso social en condenarlas, por el gran desvalor que encarnan —de la acción y del resultado—. Una enfermiza tendencia de la clase política y de un sector de la opinión tiende a violar esas autolimitaciones del derecho penal. El legislador frecuentemente transgrede esos principios, que fueron avances de la conciencia social debidos a la Ilustración y personificados en el marqués de Beccaria.

Que una conducta no haya de estar tipificada como delito no significa, pues, que sea o deba ser lícita. Eso es lo que, a nuestro juicio, sucede con el aborto cuando no concurre un motivo suficiente para hacerlo justo.

Una de las posibles razones de destipificación penal de un comportamiento es el hecho de que, por la concurrencia de una causa de justificación (o incluso de exculpación), la conducta en cuestión siempre vaya a quedar exenta de responsabilidad criminal.

Sin embargo, surge aquí una seria dificultad doctrinal, que está en el centro de una polémica entre dos sectores de la dogmática jurídico-penal. Vamos a suponer que —según lo aducimos y entendemos— el derecho a la intimidad corporal de la embarazada es una causa de justificación, que hace su consentimiento en el aborto un comportamiento penalmente lícito (no sólo impune o inculpable), pero que puede ser civilmente ilícito.

Eso implica que hay eximentes justificativas (eximentes de antijuridicidad penal) que, sin embargo, no hacen lícita la conducta por ellas amparada, sino que únicamente les retiran el reproche penal. Al no ser lícita la conducta, cabría eventualmente invocar, para impedirla, la legítima defensa.¹⁸

Como decimos, se perfilan dos opiniones enfrentadas. La primera —a la que nos adherimos— es la de Hans Ludwig Günther.¹⁹ Según Günther una causa de justificación meramente penal es una razón que, en virtud del canon

¹⁷. Algo que se ha planteado también en otros lugares, como Reino Unido, donde Ann Furedi (*Chief Executive of the British Pregnancy Advisory Service*) ha defendido la exclusión del aborto de la ley penal también sobre la base, en parte, de la intimidad personal (*personal privacy*): <http://www.telegraph.co.uk/women/womens-life/9840067/Inquiry-into-abortion-law-on-disabled-babies-We-can-trust-women-to-make-decisions-that-are-right-says-BPAS-chief-Ann-Furedi.html> — «Abortion and disability»: <http://www.prochoiceforum.org/uk/aad4.php> [consultados el 15 de julio de 2013].

¹⁸. La posibilidad de una legítima defensa contra una tentativa de aborto, cuando éste sea civilmente ilícito, es un tema que preferimos no abordar aquí. Desconocemos si ha habido casos reales, aunque la imaginación puede suministrarlos. Sea como fuere, la legítima defensa de un bien jurídico tiene sus propios límites, estando sujeta a un canon de proporcionalidad.

¹⁹. En *Rechtfertigung und Entschuldigung*, vol. I, Max-Planck Institut, Friburgo de Brisgovia, 1987, pp. 363 y ss.

constitucional de proporcionalidad, excluye que a las conductas en que concurra se les aplique el derecho criminal, el cual ha de estar reservado a actuaciones que produzcan un grande y generalizado rechazo social. Günther enumera, entre las causas de justificación meramente penal (que no impiden la prohibición civil), los casos de aborto despenalizados entonces en la Alemania Federal.

Tal enfoque —muy acertado a nuestro juicio— ha sido rechazado por la doctrina mayoritaria en España. Mencionemos, entre quienes lo han recusado, a Diego M. Luzón Peña²⁰ y José Cerezo Mir.²¹ Entre los que suscriben, al menos en parte, la tesis de Günther figuran Díez Ripollés y Bacigalupo.

Quienes rechazan que pueda darse una justificación (licitud) penal de una conducta que sea, no obstante, civilmente ilícita consideran que la prohibición legal no se divide. Una cosa es, a su juicio, que una conducta no esté tipificada, siendo ilícita, y otra que su ejecución se ampare en una causa penal de justificación, que la hace lícita; tal licitud no puede ser licitud meramente penal, porque la licitud es licitud, a secas.

Respondemos a ese argumento con dos objeciones. La primera es que hay grados de prohibición. Las conductas penalmente prohibidas seguramente son aquellas cuyo grado de ilicitud es mayor; conquese una conducta, permaneciendo ilícita, puede estar penalmente justificada por no alcanzar el umbral que la haga caer bajo los efectos del CP. (Al fin y al cabo es pacífico en toda la dogmática jurídico-penal que lo injusto tiene grados; sólo que suelen entenderse como grados de lo injusto material, no grados de lo injusto formal, o sea no grados de prohibición; nosotros, en cambio, afirmamos grados de prohibición.)

Nuestra segunda objeción es que, además de grados, la prohibición puede tener, y tiene, aspectos. El aspecto penal es uno de ellos. Una causa de justificación penal es la que elimina la prohibición de un tipo particular, que es la establecida por el legislador en virtud de su política criminal. No tiene por qué eliminar prohibiciones de otro tipo, prohibiciones en otros aspectos o parcelas del ordenamiento jurídico —el cual, si bien es un todo unitario, se descompone en ramas, que pueden entrar incluso en conflicto.

El caso más palmario de justificación penal que no implica licitud civil es aquel en el cual, pese a la aplicabilidad de una eximente, el autor de los hechos tiene que asumir la responsabilidad extracontractual del art. 1902 del código civil. El sector doctrinal con el que estamos debatiendo considera que, en tales casos, esa responsabilidad extracontractual impuesta por la ley no es indicativa de la comisión de un hecho ilícito.

Reconocemos que tal punto de vista —del que discrepamos total y absolutamente— cuenta a su favor una jurisprudencia *contra legem*, que (con

²⁰. *Curso de Derecho Penal*, Parte General, I, pp. 558 y ss. Luzón matiza, pues admite causas de atipicidad; lo cual parece indicar que, aunque una conducta esté, en general, tipificada como delito en el CP, la concurrencia de esa causa la destipifica, sin justificarla.

²¹. *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, vol. II, 6ª ed., Madrid: Tecnos, 1998. P. 192.

excelente propósito pero pésimo resultado) ha interpretado el art. 1902 CC como imponiendo a quien cause un daño la obligación de repararlo, ya haya sido con mala o con buena fe, ya lo haya causado por imprudencia o empleando toda la prudencia del mundo. La monstruosa consecuencia de esa aberración jurisprudencial es la de, injustamente, hacer pagar al causante del daño lo producido por caso fortuito o fuerza mayor.

Reconduzcamos el art. 1902 a su tenor literal: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

Está claro como el agua que las acciones u omisiones que caigan bajo los efectos de tal artículo están prohibidas por el propio CC, puesto que, si no: (1º) el legislador estaría declarando lícitas ciertas acciones u omisiones malévolas o negligentes; (2º) impondría una sanción reparatoria, no por la mala fe o la imprudencia, sino sólo por el daño —con lo cual sería ocioso (y confundente) el gerundio «interviniendo culpa o negligencia».

6. Abortos lícitos y abortos ilícitos en el orden jurídico-civil

Aunque nuestra propuesta *de lege ferenda* es que tal figura salga del código penal, pensamos que podría haber supuestos de aborto arbitrario en los cuales la mujer gestante y sus colaboradores incurrieran en responsabilidad civil, por haber violado el derecho a la vida del *nasciturus* y determinados derechos de la sociedad y de terceros.

En primer lugar, la decisión de abortar debería ser civilmente ilícita si la gestante lo fuera de encargo, en el supuesto de que se legalice el embarazo subrogado. Habría, en tal supuesto, incumplimiento del contrato. El interés legítimo del *nasciturus* estaría representado por sus genitores, que reclamarían contra un aborto arbitrario que los privaría de ser padres.

En segundo lugar, una decisión de abortar arbitrariamente tomada por la mujer puede lesionar el derecho de su compañero a la paternidad, siempre que el embarazo haya sido mutuamente querido con un proyecto familiar mancomunado y la conducta del varón al respecto sea irreprochable.²²

También pueden estar lesionados otros derechos —que representarían el derecho a la vida del *nasciturus*, en concreto los abuelos. Sin embargo, habría que limitar a casos muy especiales la legitimidad de los posibles abuelos para ser parte en este tipo de pleitos, porque el fundamento de sus pretensiones es más problemático y su intromisión en la vida conyugal suele hacer más mal que bien.

Al margen del supuesto derecho a decidir (sin causa) —que nosotros no admitimos fuera del ámbito penal—, hay muchos fundamentos válidos que deberían hacer lícita la decisión de abortar de la gestante.

²². Por razones de psicología humana, dudamos si nos hallamos aquí ante un supuesto real o ante una hipótesis de laboratorio.

Uno de ellos es que el embarazo se haya producido por una relación sexual no plenamente consentida. Aun en ese supuesto, no es totalmente indiscutible que el *nasciturus* carezca del derecho a vivir. Tal vez en el futuro —cuando se desmitifique la importancia que erróneamente hoy se suele otorgar al vínculo genético a favor de una filiación legal— esta causa deje de verse como socialmente justificativa de la interrupción del embarazo (a salvo, evidentemente, de que, en este supuesto como en cualquier otro, habría de aplicarse la destipificación penal del aborto).

También se opondrían a la ilicitud extrapenal otros motivos serios: la defensa de la honra de la mujer soltera (en una sociedad tradicional, como la española de hace un cuarto de siglo), la angustia ante un nacimiento que, por las circunstancias de la madre, destrozaría su vida, el peligro sanitario (que cubre dos supuestos: grave peligro de enfermedad y peligro de una grave enfermedad). Rechazamos la objeción de que la salud es un derecho inferior a la vida. Ya hemos visto que el art. 15 CE afirma el derecho a la vida con integridad física y moral, o sea a una vida con salud.

Pero la razón que más justifica el aborto también en el terreno extrapenal es el interés del abortado, cuando sólo así se puede prevenir una vida llena de sufrimiento y privada de satisfacciones, una vida en la que no cabe razonablemente esperar un nivel de felicidad o bienestar al que cualquier madre normal aspira para sus hijos.

Este último supuesto es el del aborto eutanásico. Lo desglosamos en varios casos.

(1º) Una madre esclava. La esclavitud no ha desaparecido todavía de la faz de la Tierra. Hace cuatro generaciones era legal en algunas provincias del Reino de España. Que una madre esclava cometa infanticidio ante o posnatal está justificado porque la vida del futuro esclavo sería horrible. Por analogía se aplicaría esta causa de justificación a otros supuestos en la medida en que de hecho sean similares.²³

(2º) Una madre en condiciones extremas de vida abyecta y sórdida, que sólo puede ofrecer a su futuro hijo una miseria atroz y una muerte lenta.

(3º) Una gran inmadurez de la madre, incapaz de asumir una función materna, lo cual condenaría al niño, si llegara a nacer, a una situación de abandono.²⁴

(4º) Más que nada, malformaciones del feto que hagan previsible una vida desgraciada de éste.

²³. P.ej. la situación de semi-servidumbre de las trabajadoras filipinas en las petromonarquías del Golfo Pérsico.

²⁴. Notemos que este y otros supuestos se solucionarían si nuestro ordenamiento aceptara, como lo hacen otros, el parto anónimo, desligando la maternidad legal de la biológica.

Vamos a dedicar el resto de este ensayo a este último supuesto. Pero, primero, aclararemos el transfondo de la controversia en la doctrina jurídica hispana, cuyo eje es la reforma legislativa de 1985.

7. La reforma legislativa de 1985

En 1983 el Parlamento aprobó una reforma del CP que agregaba un artículo despenalizador del aborto en tres supuestos (violación, peligro para la gestante y malformaciones fetales), pero el Grupo Popular planteó ante el Tribunal constitucional un recurso previo de inconstitucionalidad.²⁵

Conque hubo que esperar a la sentencia de 1985 para que finalmente se promulgara la ley. A estas alturas puede parecer ocioso darle vueltas a aquella reforma (que afectaba al entonces vigente CP de 1973). Pero no lo es, porque la citada sentencia 53/1985 sigue vigente y, además, sigue siendo constantemente aducida por unos y otros y alegándose a propósito de cada nuevo cambio: el nuevo CP de 1995 (arts. 145 y ss.), la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y el proyecto del gobierno actual de modificarla. Además, en sus diversos sectores, toda la doctrina hispana se configuró en torno a esa reforma de 1985, que además ha seguido en vigor con el nuevo CP de 1995 (por preceptuarlo su disposición derogatoria) y sólo ha quedado abrogada en 2010.

La citada STC 53/1985 sigue siendo vinculante, incluso con la Ley de 2010. Por ello hay que recordar el contenido de aquella reforma y lo esencial de la argumentación del TC. La Ley Orgánica 9/1985 de 5 de julio agregó al precepto prohibitivo del aborto, art. 417 CP (1973) un precepto adicional, art. 417 bis, que reza así: «No será punible el aborto [...] con consentimiento expreso de la embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes». A esas circunstancias la doctrina las llamó «indicaciones». Ese precepto, el art. 417 bis del CP de 1973, siguió en vigor —como ya lo hemos dicho— hasta 2010.

Sin embargo, el CP de 1995, a la vez que mantenía ese precepto, agregaba otro, que reemplazaba al 417 originario de 1973. Esta vez es el art. 145.2 CP 1995: «La mujer que produjera su aborto o consintiere que otra persona lo hiciese, fuera de los casos permitidos por la Ley, será castigada con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 16 a 24 meses». Y, así, lo que en 1985 era (y siguió siendo) no-punibilidad se trocó, por obra del nuevo art. 145.2, en permisión legal.

Antes de la promulgación del código de 1995 se desarrolló un debate sobre el significado del art. 417 bis. Para un sector doctrinal (Díez Ripollés, Bajo Fernández, Mir Puig, Cerezo Mir) el precepto legalizaba el aborto en esos supuestos (si bien Cerezo Mir funda esa licitud en la inexigibilidad de la conducta prescrita por la Ley). En cambio Romeo Casabona, Rodríguez Devesa, Serrano Gómez y muchos otros entendieron literalmente la «no punibilidad» como expresiva de una mera excusa absolutoria.

²⁵. Posteriormente eliminado por la ley orgánica que regula la actuación de dicho tribunal.

La STC 53/1985 fundamentó, en lo esencial, la despenalización parcial del aborto por la ponderación entre el valor (no derecho) de la vida del *nasciturus*, por un lado, y los dos bienes de la libertad y la dignidad de la mujer embarazada. La argumentación nos parece endeble. La CE, en su art. 10.1, afirma la dignidad de la persona como un hecho, junto a la inherencia de derechos inviolables. No entiende la dignidad como un derecho, porque, de hacerlo, siendo esos derechos inviolables inherentes a la dignidad, resultaría que la constitución sólo nos estaría atribuyendo el derecho a tener esos derechos. Pero, por lógica jurídica, sabemos que, si lo obligatoriamente lícito es, de hecho, lícito, lo lícitamente lícito puede no ser lícito.

Siendo así la dignidad un hecho (según la constitución), entiende uno mal cómo pueda colisionar con el valor de la vida humana y ser mermado por el embarazo.²⁶

Tampoco el valor de la libertad parece invocable salvo en el caso de embarazo por violación. El Tribunal no prueba que la libertad de la embarazada de continuar o no la gestación pese más que el valor de la vida humana del *nasciturus*.

En suma, una argumentación deficiente que ha sumido —y sigue sumiendo— en la confusión todo el debate sobre el aborto.²⁷

El Tribunal perdió una ocasión de oro para hallar otro fundamento más sólido: el derecho a la intimidad corporal del art. 181. CE.

8. La indicación mal llamada «eugenésica» en la despenalización de 1985

La ya citada sentencia 53/1985 del TC se formuló de tal modo que auspició la lectura de que la tercera indicación (el mal llamado «aborto eugenésico») era un remedio provisional, por faltar todavía en España un sistema adecuado y suficiente de protección social, que permitiera a los nacidos con hondas discapacidades o gravísimas dolencias llevar una vida digna. Ese mayoritario sector doctrinal entiende que hoy, en 2013, tal situación está ya superada, por lo cual debería repenalizarse el aborto en ese supuesto.²⁸

²⁶. En realidad parece que ningún hecho ni comportamiento podría mermar la dignidad, aunque sí mermar el disfrute de alguno de los derechos en ella inherentes.

²⁷. V. Pablo Sánchez-Ostiz, «¿Tienen todos derecho a la vida? Bases para un concepto constitucional de persona», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, 11-11 (2009), pp. 1-22.

²⁸. Así Carmen González Marsal —en «Sexualidad y aborto, ¿cuestión de salud?, ¿cuestión de derechos», *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, vol 10 (2009), pp. 285-329— afirma: «En cuanto al aborto eugenésico, su constitucionalidad es interpretada [por el TC] por la carencia de ayudas económicas y sociales para llevar adelante el embarazo de un no nacido que presumiblemente tendrá discapacidad física o psíquica. Pero desde 1985 hasta hoy hemos logrado grandes avances [...] Probablemente ya hayamos avanzado 'en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado social', por lo que se habrá eliminado la situación en la que se basa el tercer supuesto de despenalización (FJ 11º)». Un debate similar se está produciendo, por ejemplo, en Reino Unido, donde las

Al margen de que nuestra propia postura —como ha quedado ya de manifiesto— es abogar por que se despenalice el aborto en todos los supuestos, aquel caso en el que, aun en el orden jurídico-civil, mayor justificación existe para el aborto es cuando se hace en beneficio del *nasciturus*, para ahorrarle una vida de enorme sufrimiento e indignidad.

Ello nos lleva a condenar el argumento de esa doctrina mayoritaria a la que nos hemos referido dos párrafos más atrás. A su entender las malformaciones fetales o la certeza de una vida posnatal de enorme sufrimiento e indignidad no deben justificar (ni aun excusar) la interrupción del embarazo cuando ya existen instituciones desarrolladas de un Estado social que protege eficazmente a las personas con discapacidad.

A ese argumento le oponemos dos objeciones. La primera es que, aunque viviéramos en un país como el que idílicamente imagina ese sector doctrinal, es imposible, en el estado actual de la ciencia y de la medicina, proporcionar a los individuos con graves deformidades y tremendas minusvalías una vida feliz, una vida con integridad física y moral (que es, ya lo hemos visto, aquella a la que reconoce un derecho fundamental el art. 15 CE), por más recursos que se derrochen. Los conciudadanos que viven y sufren tales calamidades merecen, desde luego, la máxima ayuda que la sociedad pueda aportarles; mas eso no justifica continuar el proceso de formación de un nuevo individuo afectado por tales *handicaps*.

Ya hemos visto que esa formación del individuo es un largo y paulatino proceso. Aunque posiblemente nunca está del todo formado, hay umbrales razonables al alcanzarse los cuales podemos considerar al individuo lo suficientemente formado como para que ya no valga hablar de interrumpir el surgimiento de ese nuevo ser humano, porque, a efectos prácticos, es como si estuviera enteramente formado.

Por ello una cosa es rehusar el derecho a continuar su vida lo más llevaderamente posible a quienes ya están entre nosotros y otra, muy diferente, incorporar a nuevos individuos a tales padecimientos, en vez de interrumpir el proceso de su formación o incorporación a la esfera de seres vivientes. (Claro que tal interrupción debería realizarse lo antes posible; cuanto más tarde se haga, menos incipiente será su vida y, por lo tanto, menor será la justificación para esa interrupción.)

La mayoría de los bebés nacen bien y con salud después de un embarazo normal y posteriormente prosperan. Sin embargo, unos pocos, aproximadamente entre el 4 y el 6% nacen seriamente enfermos o enferman justo después del alumbramiento.²⁹ A pesar de las modernas técnicas médicas, que van desde la ventilación mecánica y la hemofiltración y la diálisis hasta las transfusiones de

malformaciones del feto autorizan el aborto más allá del límite de 24 semanas: <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/law-and-order/9838296/Inquiry-into-abortion-law-on-disabled-babies.html> [consultado el 15 de julio de 2013].

²⁹. Marshal H. Klaus & Avroy A. Fanaroff, *Care of the High-risk Neonate*, Philadelphia: W.B. Saunders, 1986; Avroy A. Fanaroff & Richard J. Martin (eds.), *Neonatal-Perinatal Medicine*, St. Louis: Mosby, 1987.

sangre (plaquetas, glóbulos rojos y blancos), la alimentación intravenosa y los trasplantes (salvo de cerebro e intestinos), existen bebés para los que estas técnicas no son suficientes y, en todo caso, retrasan la muerte o mantienen una vida con severas y permanentes discapacidades.

Existen defectos de nacimiento que incluyen malformaciones de uno o más de los principales órganos o estructuras corporales, anormalidades cromosómicas, errores de metabolismo, infecciones intrauterinas causantes de disfunciones de tejidos y malformaciones, etc. En muchos casos, la muerte es inevitable, a pesar de los cuidados, de modo que el tratamiento solo alarga la agonía. En otros casos, se consigue una supervivencia pero con severas discapacidades, enfermedad crónica o una esperanza pequeña de vida —a veces, a costa de tratamientos prolongados, intrusivos y angustiosos. Nos encontramos en el primer caso (muerte inevitable) en el síndrome de Potter y sus variantes, la anencefalia, anormalidades cromosómicas como la trisomía 18 y otras malformaciones complejas del corazón. En el segundo caso estarían situaciones de espina bífida severa y múltiples síndromes de malformación no debidos a alteraciones cromosómicas: atresia del esófago, anormalidades severas en los riñones o en el corazón, síndrome VATER, HLHS.

Sea como fuere, en la medida en que los pronósticos tampoco son absolutamente certeros (caso de la inevitabilidad de la muerte), en ambos tipos de supuestos lo que se realiza es un juicio sobre la calidad de la vida y los mejores intereses del bebé —y también del entorno: son frecuentes las rupturas de las parejas, quedando, las más de las veces, únicamente la mujer a cargo del bebé; hay una alta proporción de trastornos mentales en la familia; otros niños en la familia pueden sufrir privaciones emocionales; etc.³⁰

Agregar un hermano más con una vida de enorme sufrimiento y sin posibilidad de desarrollar una personalidad normal no va en el interés de ese nuevo hermano. Es más: no sólo no va en su interés, sino que también perjudica a los discapacitados que ya están entre nosotros, siendo evidente que el sostén que les da la sociedad sólo es viable si la proporción de ciudadanos en tal situación se mantiene dentro de unos límites numéricos manejables.

Nuestra segunda objeción al argumento de la doctrina mayoritaria es que quienes lo formulan tienen una imagen de España que no coincide con la nuestra. Parece que vivimos en planetas distintos. Lo que nosotros vemos es un país donde la atención médica sufre clamorosas carencias; donde se muere en las listas de espera; donde ni siquiera las gafas son sufragadas por esa asistencia pública (para un minusválido visual el gasto es prohibitivo); donde tampoco entran en la cobertura de la sanidad pública los cuidados odontológicos. Un estado donde es difícilísimo conseguir el reconocimiento de los umbrales de

³⁰. "Caregivers who view quality-of-life judgements as unacceptable criteria for deciding to withdraw treatment usually accept that life-sustaining treatments are not morally mandatory in babies whom death is "inevitable". Perhaps these are quality of life judgements after all". [p. 250] (Neil Campbell, «When Care Cannot Cure: Medical Problems in Seriously Ill Babies», Helga Kushe & Peter Singer (eds.), *Bioethics: An Anthology*, Oxford: Blackwell, 1999, p. 250).

minusvalía que dan derecho a ayudas (por otro lado exiguas, a veces irrisorias) aun para aquellas personas a quienes un observador imparcial reconocería una situación de honda discapacidad. Además no se reconocen como habilitadoras de derechos aquellas minusvalías que no se vean conceder tales umbrales (p.ej. una del 28%).

De otro lado vivimos en una sociedad donde millones de jubilados perciben pensiones paupérrimas —muchas de ellas, de subsistencia—, más de la cuarta parte de la población activa está en el desempleo —y un tercio en desocupación total o parcial—, los servicios públicos son extremadamente precarios y, a veces, propios de un país subdesarrollado (p.ej. en el transporte público), la pobreza golpea a millones y no faltan casos de malnutrición, de auténtica miseria. Millones de hogares viven con menos de 30 euros por día. El problema de la vivienda es atroz, con millones de hogares en domicilios minúsculos, deteriorados o alejadísimos de los lugares de trabajo, a veces hacinados; a lo cual se agrega la precariedad, el peligro de desahucio.

De nada sirve que haya una ley de igualdad de oportunidades, porque las oportunidades no dan de comer a nadie. Que todos tengamos las mismas oportunidades de sacarnos el premio gordo de la lotería de Navidad no nos hace ricos. Lo que necesitan los discapacitados no son oportunidades, sino resultados. Y éstos, en una economía de mercado, son difíciles de alcanzar, pero en la economía de mercado de un país pobre, sin industria, sumido en el desempleo masivo, es imposible.

No faltan quienes piensan que tales males nos aquejan coyunturalmente, por efecto de una crisis pasajera. Mucho nos tememos que, en realidad, en el caso de España la crisis ha venido a poner las cosas en su sitio, desvaneciendo el espejismo de bienestar (relativo) fruto de la especulación inmobiliaria, que ha sobrevalorado durante años la riqueza y la renta nacional hasta duplicar su valor real.

La visión que nos presenta el sector mayoritario de la doctrina nos suena a un cuento de hadas. La alternativa no es, pues, entre interrumpir la formación de esos nuevos seres humanos y brindarles una vida satisfactoria, porque esto último, en la medida en que sea posible, queda para un lejano futuro.

Hemos hablado de España. Hay países donde se vive mejor, mucho mejor. Los hay donde se vive peor, mucho peor. El nuestro es, posiblemente, un caso aproximadamente equidistante entre los extremos, un país mediano a escala planetaria. Tal vez lo que argumenta la doctrina mayoritaria podría aplicarse en los principados de Liechtenstein y Mónaco y en el gran Ducado de Luxemburgo.

9. El derecho a la vida como derecho de libertad o de bienestar

En un ensayo precedente («Libertad de vivir»)³¹ propusimos un análisis del derecho a la vida que, si bien conducía a conclusiones coincidentes con las del presente ensayo, hoy preferimos no suscribir. Hacíamos una clasificación de los derechos subjetivos en dos clases: los de bienestar o prestación (positivos) y los de libertad (negativos). Los primeros son aquellos en los que al titular le es lícito reclamar una acción o prestación ajena de la cual se beneficia; los segundos, aquellos en los que lo reclamable es una mera abstención, no implican para el titular deber alguno de gratitud. Por el contrario, sería injusta la existencia de derechos positivos si al titular le fuera lícito desperdiciar o desaprovechar, sin motivo válido, el esfuerzo ajeno que se le ha exigido. Por eso no existe derecho al hambre ni a la holganza ni a la enfermedad ni a vivir a la intemperie ni a la ignorancia.

Seguimos creyendo que la clasificación es válida, por lo cual vemos con sumo recelo la ocurrencia de presuntos derechos de tercera o cuarta generación —según suele decirse— que no serían ni de libertad ni de bienestar. Aquello en lo que hoy nos apartamos un poco del precedente artículo es la unilateral caracterización que ahí proponíamos del derecho a la vida como de libertad. Con esa clasificación, el don de la vida podía parecer siempre una violación del derecho de libertad a vivir o no vivir; pero, en las circunstancias normales, ese don se justificaría por el consentimiento presunto del futuro ser humano. Y efectivamente la inmensa mayoría de nosotros lo otorgamos retroactivamente, junto con la gratitud por habernos engendrado y gestado. Sin embargo, en determinados casos no podría presumirse ese consentimiento. Uno de ellos sería el de malformaciones de tal envergadura que sea dudoso, o bien que el ser humano afectado por ellas llegue a una condición mental que le permita emitir ese consentimiento, o bien que, pudiendo hacerlo, juzgue que, así y todo, prefiere estar entre los vivos. A nuestro entender continuar un embarazo en tales condiciones violaría el derecho de libertad a vivir o no vivir.

Hoy somos mucho menos tajantes a la hora de clasificar el derecho a la vida como de libertad pura, pues han hecho mella en nosotros las objeciones que nos han señalado que, con argumentos como los que enunciábamos para considerar el derecho a la salud como de bienestar, se puede probar que también lo es el derecho a vivir, dado que igualmente requiere y exige una ayuda. La vida es un don del que somos custodios, que ha requerido múltiples acciones y esfuerzos de nuestra familia, nuestra sociedad, nuestro entorno y que, por lo tanto, impone, como en otros derechos de bienestar, una serie de deberes.

Nuestra actual posición al respecto es matizada: como tantos otros, el contenido del derecho a la vida es complejo: tiene facetas de derecho de bienestar

³¹. Isegoría, Nº 27, 2002, pp. 131-149. ISSN 1130-2097.

y otras de derecho de libertad, prevaleciendo las unas o las otras según las circunstancias. En general hoy no asumiríamos un derecho simple a no vivir.³²

Ya sea de libertad, ya de bienestar, ya mixto, ese derecho no es, sin más, una obligación. En la medida en que se trate de un derecho de bienestar, el deber de no malgastar los esfuerzos ajenos cesa cuando no producen en nosotros bienestar, sino malestar, cuando la vida se nos hace un infierno, cuando anhelamos la muerte o cuando no anhelamos nada —porque no somos capaces de hacerlo— pero verosíblemente la anhelaríamos si pudiéramos. Similarmente, aunque carecemos de un derecho a la enfermedad y (genéricamente) tenemos el deber jurídico de cuidar nuestra salud, es evidente que no tenemos obligación alguna de sufrir una intervención quirúrgica que no redunde en nuestro bienestar.

La comparación entre vida y salud revela similitudes y diferencias. Que sepamos nadie anhela nunca la enfermedad, porque con enfermedad se sufre, se es desgraciado.³³ A diferencia de la enfermedad, la muerte libera del sufrimiento. Hay supuestos en los que se está mejor muerto que vivo. La vida no es el valor supremo ni, menos aún, tal que prevalezca sobre cualesquiera otros, juntos o separados.

Con otros derechos de bienestar pueden existir dudas. Hay quien sí desea vivir en la holganza, o vagabundeando o siendo ignorante. Y —por la razón invocada— está, con ello, abrazando opciones ilícitas. Sin embargo, cuando alguien adopta esas opciones, está actuando contra sus propios intereses y perjudicando gravemente a su yo futuro, además de que está creando o agravando problemas sociales y convirtiéndose en una carga adicional para los demás.

Cuando alguien —tal vez equivocadamente— opta por no vivir es posible que, en algún caso, también esté acarreando problemas sociales y perjudicando a su yo futuro.³⁴ Pero el suicidio es lícito —no sólo impune— en la medida en que sea una opción tomada en una situación vital de angustia irreversible, al no haber perspectivas razonables, ni a corto ni a medio plazo, de mejorar su situación para hacerla más llevadera.

De ahí que, aunque sea (en parte al menos) un derecho de bienestar, el derecho a la vida es, de todos los de esa clase, aquel que más se acerca al estatuto de un derecho puro de libertad.

³². Ya en el citado artículo limitábamos ese derecho cuando colisionara con obligaciones cuyo cumplimiento requiere permanecer en vida.

³³. No obstante, aun sin tener derecho a la enfermedad, cada quien es libre de rechazar un tratamiento médico concreto que le resulte excesivamente penoso.

³⁴. Por ello, el suicidio no es, en general, una conducta lícita, prueba de lo cual es que, si bien el suicidio frustrado es impune —al no estar tipificado actualmente como delito—, la colaboración al suicidio ajeno es una acción castigada por la ley —a salvo, claro, de las eximentes del art. 20 CP, p.ej. de un estado de necesidad.

No se requiere la justificación del don de la vida por el presunto consentimiento retroactivo si el derecho a vivir es, en parte al menos, un derecho de bienestar. En la medida en que así sea, ese don se justifica en tanto en cuanto sea razonable la esperanza de que se está dando al nuevo o futuro miembro de la familia humana un bienestar vital. Cuando ese don sí constituye una violación del derecho del nuevo ser humano es cuando ni puede ampararse por un presunto consentimiento retroactivo ni basarse en una expectativa razonable de estar proporcionando así a un nuevo compañero de especie una vida con bienestar.

De lo cual se deduce que hay circunstancias en las que es, no ya lícito, sino preceptivo abstenerse de la procreación o interrumpirla en cualquier momento en el que el ser humano en formación no haya alcanzado aún el estadio de incorporación suficiente a la comunidad de seres humanos (o sea, tenga todavía un grado de vida humana muy bajo, por incipiente); son aquellas circunstancias en las que no cabe presumir un consentimiento retroactivo ni se tiene una esperanza razonable de poder proporcionar a ese nuevo ser una vida humana satisfactoria.

Una de tales circunstancias es aquella en la que se detecten anomalías en el feto que hagan, verosímilmente, su vida penosa y amarga. Claro que eso es cuestión también de grado, no siendo un asunto de todo o nada. El grado de licitud (o incluso de preceptividad) de la interrupción del embarazo dependerá —entre otras cosas— del grado de malformación y de la gravedad esperada de las consecuencias, lo cual también está parcialmente en función de los medios de ayuda que cabe esperar en una sociedad determinada. Pero, naturalmente, hay otras variables dignas de tenerse en cuenta, entre ellas las subjetivas, individuales y colectivas.

No tenemos la capacidad de ponernos en la piel del otro ni siquiera de imaginarnos en su lugar, pero sí tenemos criterios contrafácticos de cómo pensamos que nos sentiríamos si estuviéramos afectados por ciertos males. Tales criterios, muy cuestionables, no ofrecen, por sí solos, base segura para decisiones éticamente racionales; pero pueden venir esclarecidos por el conocimiento que nos pueden aportar los médicos, constituyendo así un factor más para fijar el grado de licitud de una, siempre dolorosa, decisión de interrupción del embarazo.

10. Nuestros acuerdos y nuestros desacuerdos con los pro-vida

En algunos aspectos, la postura defendida en este ensayo coincide con las tesis abrazadas por los autores y las organizaciones pro-vida, los provitalistas.

Coincidimos con ellos en rechazar el punto de vista subjetivista de que sólo se puede causar daño a un ser cuando ese ser percibe tal daño y sufre a consecuencia de él. Según ese enfoque subjetivista no se daña a alguien perjudicando su reputación si él no se entera (p.ej. si va a morir antes de tener noticia del calumnioso rumor). Nunca se dañaría a los muertos, tampoco a los sedados, comatosos, inconscientes. Es más, nos preguntamos si (con arreglo al enfoque subjetivista) se daña a una persona con planes de vida impidiéndole

llevarlos a cabo si la frustración se hace mientras duerme, un sueño del que no despertará porque se le administra, sin su autorización, un producto hipnótico irreversible que lo sume en estado de perpetua dormición. Si sólo se sufre el daño que uno percibe o percibirá, esa privación no parece constituir un daño. Sin embargo, nuestra opinión es que sí se está causando un daño.

Concedemos como opinión probable (aunque no del todo segura) que sólo son sujetos de derechos aquellos que, en alguna fase de su existencia, tienen percepción, pudiendo experimentar bienestar y malestar. Es eso lo que nos retrae de otorgar derechos a las plantas, a pesar de que son parientes lejanos nuestros, con intereses: pueden prosperar y declinar, ir a más vida y a menos vida.

Ahora bien, el ente que es capaz de percepción o apercepción en un estadio de su existencia es el mismo que el que todavía no lo ha alcanzado o ya lo ha dejado atrás.

Coincidimos también con los pro-vitalistas en afirmar que el feto — incluso el embrión prefetal— es un ser vivo, un ser humano, distinto de la mujer gestante, con una individualidad propia desde la concepción (a nuestro juicio, desde antes de la concepción). Y, por consiguiente, el aborto es un infanticidio prenatal.

De los pro-vitalistas nos separan, empero, varias diferencias.

Discrepamos de ellos cuando sostienen que la existencia, la vida y la pertenencia a la especie humana son cuestiones de todo o nada, de ser-plenamente o no-ser-en-absoluto. Para nosotros son propiedades graduales que se adquieren paulatinamente. El cigoto no implantado es un ser humano individual en menor grado que el embrión ya anidado, éste menos que el feto de 140 días, éste menos que el de 141 días y así sucesivamente. Por ello también el grado en que es infanticidio el aborto de un cigoto es menor que el de un feto, con tantos grados como días, horas, minutos, segundos, etc. O sea, infinitos.

También discrepamos de la tesis pro-vitalista de que la vida es el valor supremo.³⁵ Para nosotros es uno de los grandes valores, pero dista de convencernos el manido argumento de que sin vida nada vale y ningún derecho puede beneficiar a un ser, porque también los muertos tienen derechos, causándoles un perjuicio cuando se violan esos derechos. (P.ej. cuando se incumple un testamento o no se honra su memoria.) No admitimos que la vida valga más que la libertad, la felicidad, la hermandad, el amor, la prosperidad, la honra. Nos repugna profundamente el principio de tener que seguir viviendo pase lo que pase, cualquiera que sea la falta de calidad de vida, con una vida desdichada y servil (por carecer de campo de acción libre), marchita, incapaz de experimentar amor, de aportar nada a los demás, de estar unido a otros en una comunidad solidaria.

³⁵. V. p.ej. también los argumentos de Jonathan Glover, *Causing Death and Saving Lives*, London: Penguin, 1977.

Por consiguiente, de los pro-vitalistas nos separa su condena del aborto en cualquier supuesto.³⁶ Creemos que hay muchas razones de licitud del aborto, varias de las cuales vienen apuntadas en este ensayo.

También nos apartamos de los pro-vitalistas al sostener que, aun al margen de esas causas lícitas de aborto, en todos los demás supuestos el aborto debe salir del código penal, ya que, aunque sea un ilícito, no debe ser un ilícito penal, porque la gestante está eximida de responsabilidad penal en virtud del artículo 20 del CP, que enumera, entre las causas de justificación, el ejercicio legítimo de un derecho, siéndolo, en este caso, el derecho a la intimidad corporal.

En los supuestos de aborto que consideramos ilícitos, el ordenamiento jurídico puede habilitar medios en el orden civil, por responsabilidad contractual o extracontractual. A falta de otro litigante, puede oficiar de tal la fiscalía, en nombre del interés público, lesionado por la pérdida de un ser humano incipiente cuando no concurre un motivo válido, cuando el aborto lo ha decidido la gestante por un antojo.³⁷

Y es que el derecho a la intimidad corporal tiene, como los demás, dos tipos de límites: internos y externos. Los segundos delimitan el ámbito de conductas lícitas en virtud de tal derecho. Los primeros determinan menores grados de licitud en virtud de la colisión con derechos ajenos. Cualquier decisión de una persona con relación a lo que se hace en el interior de su cuerpo es un ejercicio legítimo del derecho a la intimidad corporal, pero algunas de tales decisiones pueden colisionar con derechos ajenos. La eximente de responsabilidad penal ha de aplicarse en todos los abortos, porque el derecho penal es siempre una *ultima ratio*, un recurso excepcional para los hechos de mayor gravedad social no amparados por causas de justificación ni de exculpación.³⁸ Pero preservar la intimidad corporal, aun siendo un derecho de rango elevadísimo, no es tal que anule derechos opuestos; ante todo el del propio ser humano incipiente cuya vida se trunque arbitrariamente, pero también otros derechos e intereses legítimos.³⁹

³⁶. Los pro-vitalistas moderados lo aceptan en caso de peligro para la vida de la gestante.

³⁷. Sin embargo, está por probar que haya supuestos así; nuestro escaso conocimiento de la psicología humana nos hace dudar.

³⁸. Como mínimo, esperamos que muchos de quienes no acepten nuestra fuerte versión del derecho a la intimidad corporal entenderán, por lo menos, que el resguardo de esa intimidad habría de verse como causa de exculpación o como una excusa absolutoria.

³⁹. En algún supuesto el abuso del derecho a la intimidad podría dar lugar a responsabilidad penal; p.ej. si —mediante el consumo de una pócima nociva— una gestante inflige al embrión un daño deliberado para que nazca deforme o monstruoso o víctima de un *handicap*. Actualmente, las lesiones dolosas e imprudentes al feto están tipificadas en el CP de 1995, arts. 157 y 158; este último artículo, sin embargo, excluye de responsabilidad a la embarazada. Hay una razón por la cual la despenalización del aborto no implica la supresión del delito de lesiones al feto —sean perpetradas por la embarazada o por un tercero—, a saber: el feto lesionado será, de por vida, un individuo víctima de esas lesiones, exterior ya al cuerpo de su madre. El difícil problema de una tentativa fallida de aborto con resultado de lesiones al feto no creemos que haya de resolverse (según la inflexible opinión de los antiabortistas) prohibiendo penalmente el propio aborto. Sería

Por último, de los pro-vitalistas igual que de los eleccionistas (partidarios de la plena libertad de aborto sin motivo ninguno por el derecho de la mujer a decidir) nos separa que nosotros propugnamos una alternativa que no contemplan ni los unos ni los otros: deslindar la paternidad y la maternidad biológicas de las legales. Para que se establezca una relación de filiación legal no debería ser condición ni necesaria ni suficiente el vínculo genético, ni siquiera la gestación (que puede no coincidir con ese vínculo). Debería requerirse el consentimiento expreso, solemne y reiterado de los dos adultos que van a asumir la función social de padre y madre, siempre que vivan juntos unidos por un convenio de vida en común de larga duración y cumplan otros requisitos legales. La gestante ha de tener derecho a un parto anónimo (como ya lo tiene en Alemania, Francia, Italia y USA),⁴⁰ en el cual el recién nacido quede bajo la pública tutela en estado de adoptable. (Mejor aún, de filiación legal alternativa, eliminando el distingo entre filiación natural y adoptiva.) En España, al menos, ni los pro-vitalistas ni los eleccionistas ofrecen al *nasciturus* esa posibilidad de tener una vida satisfactoria en un hogar de adopción, obligándolo o a morir en el seno materno o a vivir en un no-hogar, donde, siendo malvenido, tendrá una infancia frustrante y desgraciada.

11. La prohibición de causar efectos ilícitos

Una de las características de los sistemas de lógica jurisprudencial puestos en pie conjuntamente por los dos autores del presente ensayo⁴¹ es la de, en las inferencias lógico-deónticas, sustituir (rectificándolo) el papel que la lógica deóntica estándar⁴² atribuyó, erróneamente, a la relación de

preferible suprimir la exclusión de responsabilidad de la embarazada en las lesiones imprudentes al feto según el actual tenor del art. 158.

⁴⁰. Lamentablemente aquellos países cuyos ordenamientos facilitan que, al dar a luz, la mujer rehúse asumir la relación jurídica de madre del recién nacido no se han liberado de la reaccionaria ideología de la *fuera de la sangre*. Por ello atribuyen al progenitor masculino la potestad de reclamar su paternidad. En varios Estados de USA tal potestad viene aprovechada por hombres que han abandonado a sus compañeras embarazadas para sacar dinero, mediante una transacción con el abogado de los padres adoptivos. El cambio legislativo que proponemos imposibilitaría esa repugnante conducta.

⁴¹. Entre nuestros trabajos conjuntos donde hemos ido exponiendo sucesivas versiones de esa lógica deóntica jurisprudencial (o «juridical», como a veces la hemos denominado) podemos citar aquí los cuatro siguientes: «Quantificational Entitlements and Relevantoid Deontic Logic», *Logique et Analyse*, 1995 (ISSN 0024-5836), Nº 150-151-152, pp. 209-238; «Paraconsistent Deontic Logic with Enforceable Rights», *Frontiers of Paraconsistent Logic*, ed. por D. Batens, Ch. Mortensen, G. Priest & J.-P. van Bendegem, Balford (Inglaterra): Research Studies Press Ltd. (RSP) [Logic and Computation Series], 2000, ISBN 0863802532, pp. 29-47; «La deducción normativa», *Doxa*, vol 23, 2000, pp. 465-81, ISSN 0214-8676; y «Soft Deontic Logic», en *Soft Computing in Humanities and Social Sciences*, ed. por Rudolf Seising & Veronica Sanz, Berlín: Springer Verlag, 2012, pp. 157-172, ISBN 978-3-642-24671-5.

⁴². El fundador de esa lógica deóntica estándar fue el lógico finés G. Henrik von Wright, en su obra *Norma y Acción: Una investigación lógica* (trad. Pedro García Ferrero), Madrid, Tecnos, 1970. A título indicativo podemos también mencionar la antología compilada por Risto Hilpinen, *New Studies in Deontic Logic*, Reidel, 1981. En el mundo de habla hispana han influido mucho, como exponentes de tal lógica (con alguna pequeña variante), Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, con

consecuencia lógica por la de consecuencia causal. Así, p.ej., mientras era un axioma de la lógica deóntica estándar el de que las consecuencias lógicas de acciones lícitas son también lícitas (y, por consiguiente, de ser lícito A-y-B, también lo será A, sin B), en cambio en la lógica jurisprudencial un principio de análoga enunciación vale sólo para las consecuencias causales. Con otras palabras, sólo es lícita una conducta en tanto en cuanto sus resultados causales también lo sean.

Una de las objeciones que se nos han dirigido es que carecemos de una lógica de la relación de causalidad y ni siquiera hemos podido ofrecer una semántica apropiada para tal relación. Objeción fundada, sin duda. De ser posible esa tarea, está por realizar.

Mas no por carecer de una axiomática apropiada para la relación de causalidad podemos prescindir de ella en el ámbito jurídico. Ni, dentro de él, en el de la lógica jurídica.

Pues bien, a falta de una axiomática elaborada y exhaustiva, al menos algunos principios aproximados sí podemos enunciar para una lógica de la relación causal.

Algunos de ellos son negativos: la causa de la causa de un efecto no es forzosamente causa de ese efecto; lo que causa A-y-B no forzosamente causa A (en general las consecuencias lógicas de un efecto causal no están forzosamente causadas por la causa de ese efecto.) Entre los axiomas tentativos estaría el de que, en la medida en que un hecho A causa un efecto B, no causa la negación de B. (Pero notemos que, en una lógica gradualista o *fuzzy* A puede causar, en cierto grado, B y también, en cierto grado, no-B.) También que nada es causa de sí mismo.

Uno de los axiomas que habría que postular en una eventual lógica de la causalidad es el de que, cuando se realiza de hecho A, lo que cause B también causará el estado de cosas A-y-B.⁴³

En efecto, supongamos que, de hecho, tiene lugar un estado de cosas, A. Y supongamos que va a producirse una conducta que causaría el efecto B. Pero, en ese supuesto, en cuanto exista el hecho B, existirá asimismo A-y-B por las leyes de la causalidad del mundo.

Por consiguiente, si el estado de cosas conjunto A-y-B es plasmación de un antivalor, si es un mal jurídicamente reprobable y, de hecho, A es (o va a ser) un hecho real, acaso inevitable, una conducta, C, que cause B estará prohibida.

su libro *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991. Uno de los adalides en España de tales lógicas estándar es Carlos Alarcón Cabrera, del cual citaremos aquí sus *Lecciones de lógica jurídica*, Sevilla: Editorial MAD, 2000.

⁴³. Tal vez quepa deducir un principio de agregación causal: aquello que, por separado, causa A y también causa B, causa A-y-B.

Con otras palabras: dado el hecho A (o su inevitabilidad), sólo es lícita una conducta en tanto en cuanto no cause B, único modo de impedir A-y-B.⁴⁴

Apliquemos esas consideraciones a problemas bioéticos, concretamente a la eutanasia, en general, y al aborto eutanásico, en particular. ¿Es lícito prolongar (por acción u omisión) la vida de alguien cuando, por un hecho inevitable, esa vida, está acompañada de un sufrimiento espantoso no transitorio, de suerte que ese resto de vida privará al superviviente de calidad de vida y de paz y sosiego? Tenemos los siguientes elementos en presencia: A, el sufrimiento inevitable e incurable; B, la vida del superviviente potencial. De producirse B, se realizará A-y-B. Pero A-y-B es un hecho disvalioso, un mal jurídicamente deplorable o reprochable. Luego está prohibido causar A-y-B. Siguiendo nuestro razonamiento, estará prohibido causar B. Luego la única conducta correcta es la que, por acción u omisión, no cause B, sino, antes bien, cause no-B.

Sin embargo, ese razonamiento tiene un límite. Supongamos que el potencial superviviente es un individuo consciente, capaz de expresar sus preferencias; y que manifiesta la de sobrevivir, a sabiendas del mal que le espera. En tal caso, la cuestión está zanjada: prevalece la decisión del potencial superviviente, por su doble derecho a la vida y a la libertad. Tiene derecho a vivir sufriendo. La vida es un valor y un derecho; cuando el paciente puede decidir libremente, su decisión de vivir prevalece.⁴⁵

Pero, ¿qué pasa si el sujeto afectado no es consciente ni puede recuperar la conciencia en un plazo prudencialmente razonable para tomar una decisión? Este caso se descompone en dos: el primero es aquel en que se dispone de indicadores de cuál sería su voluntad o, al menos, cuál fue su última voluntad anticipada (testamento vital). En ese caso, de nuevo, prevalecerá tal voluntad, sea la que fuere. El segundo caso es aquel en el cual no hay indicador alguno, o es de escasa fuerza persuasiva. En este último supuesto, la eutanasia debería ser no sólo lícita sino obligatoria. No acudir a ella es imponer al sufriente una vida de enormes padecimientos privada de satisfacciones y de agrados que posibilitan una vida con calidad.⁴⁶

⁴⁴. Evidentemente el ámbito de aplicación de tal principio se circunscribe a conductas humanas tales que el nexo entre A y B no sea de mera yuxtaposición o coexistencia en el mundo. Hay niños que mueren de hambre; luego, si Ezequiel gana la vuelta ciclista a Burgos, sucede que Ezequiel gana la vuelta a Burgos y mueren niños de hambre. Supongamos que, entrenándose bien, Ezequiel causa su triunfo en la vuelta. Está claro que no por ello es disvalioso que se entrene bien. No lo es porque, en ese caso, A-y-B no es disvalioso, ya que A y B no tienen nada que ver entre sí. En cambio, sí es disvalioso que alguien viva y sea víctima, de por vida, de un padecimiento atroz e insoportable, porque, si no viviera, no lo sufriría, sino que tendría sosiego y paz.

⁴⁵. La conexión entre vida y libertad tiene un límite, como ya hemos apuntado: si hay un derecho ilimitado a seguir viviendo cuando uno así lo desea libre y conscientemente, no existe igual derecho a morir sin motivo alguno o por un motivo baladí, a causa de obligaciones para con el yo futuro, para con nuestros allegados y para el bien público.

⁴⁶. De hecho se sostiene en el ámbito de los cuidados intensivos neonatales que causar la muerte es una opción lícita: Andrew Whitelaw, «Death as an option in neonatal intensive care», *Lancet* 1986 (II): 328-331. Y, por ende, una opción éticamente preferible porque evita mayores sufrimientos, como ha destacado Helga Kushe: «A Modern Myth: That Letting Die is Not the Intentional Causation of Death», *Journal of Applied Philosophy* 1(1), 1984: 21-38; «Why Killing is not Always

12. ¿Vidas que no valen la pena de ser vividas?

Al juzgar las cosas como lo hemos expuesto en los apartados precedentes, no estamos sentenciando —como erróneamente se suele aducir— que esa vida de dolor y padecimiento extremo y de privación de alegrías sea tal que no vale la pena de ser vivida. La propia expresión «vida que vale la pena de ser vivida» es semánticamente absurda. En efecto: decir que un hecho o una conducta, H, vale la pena implica considerar H como medio para un fin diverso de H. Vale la pena soportar el dolor de una operación quirúrgica en tanto en cuanto conduzca a una vida posterior con bienestar. Vale la pena el esfuerzo y aun el sufrimiento del estudio en la medida en que conduzca a la adquisición del saber, al éxito en los exámenes y a la obtención de recompensas o reconocimientos.

Pero, si la vida vale la pena (de ser vivida) —igual que al ciclista le vale la pena el esfuerzo de escalar un puerto de montaña—, ¿para qué vale esa pena? ¿Quizá para una existencia *post mortem*? Lejos de nuestra intención negar tal existencia, pero vemos sumamente dudoso —o rotundamente falso— que esa existencia después de la muerte sea mejor si se ha tenido una vida de sufrimiento más larga en vez de una más corta sin sufrimiento o con menor sufrimiento. Ni siquiera en la hipótesis de una existencia *post mortem* sobrenatural parece ser así, aunque asumamos la visión de las religiones que la predicen. Un sufrimiento involuntario e inútil no es juzgado digno de recompensa en la vida futura por ninguna religión (con la salvedad de que algunas sí ven un mérito en el sufrimiento voluntariamente aceptado, como penitencia por pecados propios o ajenos; sin embargo, de tal consideración podemos prescindir aquí, manifestando nuestro pleno respeto por quienes piensan así.)

Sea como fuere, en los casos en los que el potencial superviviente no puede expresar su voluntad —ni siquiera tener voluntad alguna—, no es capaz de asumir voluntariamente ese resto de vida llena de dolor y postración, por lo cual ni siquiera podría en el más allá atribuírsele como mérito de penitencia.

En resumen, carece de sentido discutir si la vida vale la pena vivirse. Lo que decimos no es que tales vidas residuales o prolongadas no valgan la pena, sino lo que ya hemos dicho: que son vidas sin calidad de vida y tales que causarlas (por acción u omisión) es causar un hecho antivalioso, un mal jurídicamente reprobable —salvo si quien causa esa prolongación sufriente es el propio paciente, con una expresión de voluntad libre, en legítimo uso de sus derechos a la vida y a la libertad.

Por ello, al defender el aborto eutanásico no decimos que, en aquellos casos en los que, no habiéndose practicado, haya sobrevivido el nuevo ser humano, alcanzando el estadio vital de la niñez u otros posteriores, ha de venir considerado alguien que no merecería vivir. En tal supuesto de hecho, a ese individuo incumbe exclusivamente valorar su propia vida, suponiendo que esté

en condiciones de hacerlo; si no lo está, si es un caso extremo y desesperado, habrá que optar entre la eutanasia y, si no, ayudarlo a sobrellevar la vida lo menos dolorosamente que sea posible.

13. ¿Aborto posnatal o infanticidio prenatal?

Dos científicos italianos, Alberto Giubilini y Francesca Minerva,⁴⁷ han reelaborado recientemente un planteamiento que hizo famoso, años atrás, Peter Singer, al relativizar la importancia del nacimiento como punto de ruptura. Describiendo científicamente los hechos biológicos, concluyen que el feto encerrado en el claustro materno en el día 280 desde su concepción apenas difiere del recién nacido del día siguiente, aunque se haya desprendido de la placenta y se haya cortado el cordón umbilical. Hay, esta vez sí, un salto, pero pequeño. No hay —piensan— razón ética para darles un tratamiento radicalmente diverso. Por ello, en ciertos supuestos (en interés del propio recién nacido, cuando su vida previsible será de muy baja calidad) consideran éticamente permisible lo que llaman «aborto posnatal».⁴⁸ Las amenazas y el hostigamiento suscitados por su artículo los han llevado a retractarse parcialmente o, por lo menos, a afirmar que no están proponiendo ningún cambio legislativo que recoja sus consideraciones.

Aunque ese planteamiento ha encrespado hasta el paroxismo los ánimos de los pro-vida, incomodando también muchísimo a los pro-elección (o sea, enemistándose tanto con los adversarios de la licitud del aborto como con sus partidarios), su argumento es sumamente convincente y debería ser concluyente para quienquiera que vea el mundo en blanco y negro, para cuantos piensan según una lógica binaria. ¿Cuánta diferencia hay entre un feto intrauterino de 280 días y un recién nacido, segundos después de cortado el cordón umbilical, al día siguiente? ¿Cómo es posible que esa pequeña diferencia haga que la occisión del incipiente ser humano pase de ser totalmente lícita a ser completamente ilícita?

Las objeciones esgrimidas contra la tesis de Giubilini y Minerva apuntan, más que nada, a que podemos ver al recién nacido, tocarlo, interconectarnos con él, como si a estas alturas se desconociera que el feto puede ser visto (mediante el uso de ciertos instrumentos) y que interactúa con la mujer gestante (sea ésta o no la misma genitriz, e.d. la originadora del óvulo). Quiérese así otorgar una decisiva importancia ética a lo que viene a reducirse a cuestión de apariencias o es medio-anecdótico. (¿Dejan de ser respetables titulares de derechos los humanos adultos sedados metidos en un tubo metálico para ser examinados por una resonancia magnética? En ese lapso ni se los ve ni es posible interactuar con ellos.)

⁴⁷. «After-birth abortion: Why should the baby live?», *Journal of Medical Ethics*, 2011.

⁴⁸. Lo cual, dicho sea de paso, tampoco es algo ajeno a la práctica médica en los servicios de cuidados intensivos neonatales, como hemos recogido en una nota anterior.

Pero, como todo *modus tollens* tiene su correspondiente *modus ponens*, donde esos dos científicos hablan de aborto posnatal, otros hablan —y creemos que con mayor propiedad— de infanticidio prenatal. La diferencia del nacimiento es de grado. Admitimos que, por respeto al derecho a la intimidad corporal de la gestante, sea impune cualquier aborto. Mas nuestra tesis es que no por ello será lícito. Para que sea lícito tiene que haber causas de justificación suficientes. En los supuestos de licitud, incumbe la carga de la prueba a quienes atribuyen una enorme importancia al saltito que supone salir del claustro materno y que quede cortado el cordón umbilical. Nuestro enfoque nos lleva a ver en ese paso la base para una mayor ilicitud (o, dicho a la inversa, una menor licitud). En general consideramos que la ocisión de un feto de equis número de días es (cuando concurren causas justificativas) más lícito que el de un feto de equis más un días, porque el nuevo ser tiene un poco menos de existencia, un poco menos de vida, un poco menos de pertenencia a la especie humana.

Y es que, si cualquier aborto es un homicidio prenatal, hay grados de comisión, en tanto en cuanto hay sendos grados de realización del supuesto de hecho (homicidio). Una conducta es homicidio en menor o en mayor medida, dependiendo de una variedad de factores, entre otros el grado de incorporación del incipiente ser a la especie o familia humana.

En el extremo habría que decir que los progenitores que se abstienen del coito —o acuden a algún método contraceptivo— ya perpetran infanticidio. Hay que reconocer que las ideas metafísicas que nos llevan a esa conclusión distan de ser comúnmente aceptadas. El derecho ha de basarse en hechos constatables de sentido común (aunque la dilucidación filosófica del derecho necesita acudir a la metafísica). Por ello y otras razones (como la libertad sexual y el derecho a la intimidad), vamos a considerar que, hasta que no se ha iniciado la unión de los dos gametos, no tiene el nuevo ser ningún grado de existencia (al menos a efectos jurídicos).

Pero, en el comienzo del proceso de esa unión (que dura un tiempo, no siendo instantáneo), tiene un grado aún muy bajo de existencia y de vida, así como un bajo grado de individuación y de humanidad. Por ello casi nadie considera infanticidio prenatal ingerir la píldora del día después, o usar otros métodos contraceptivos como el anillo vaginal, que impiden la consolidación y ulterior anidación del cigoto.⁴⁹

Cada día, cada hora que pasa, el cigoto es más un ser humano; un poquito más, no mucho. Sólo la acumulación de muchos incrementos, paso a paso, acabará determinando que, en una fase avanzada de la gestación, pueda hablarse de él como de un ser humano intrauterino, porque entre tanto ha ido acercándose a un umbral. Pero cruzar el umbral en sí y por sí es apenas relevante. Los umbrales nos sirven para entendernos en el habla corriente, pero su significación suele desvanecerse cuando abordamos las dificultades con hondura.

⁴⁹. Incluso el sector conservador de la doctrina trata de apartarse de tal calificación para esos supuestos, aunque sea pagando el precio de adoptar un punto de vista ecléctico, menos estable y metafísicamente menos sólido.

En las semanas en que es todavía posible la expulsión del embrión —interrumpiendo así la gestación— gracias a la administración de fármacos (aborto médico) o mediante una simple succión o extracción indolora, el grado en que podría hablarse de infanticidio sería tan bajo como aquel en que quepa tildar de carnívoro al ovo-vegetariano.

Pasan los días, pasan las semanas. El aborto, ahora ya forzosamente quirúrgico, implica la utilización de instrumentos letales que violentamente cortan la incipiente vida del feto. Pero, según nuestra teoría, todavía no se trata *del todo* de un infanticidio; tanto menos cuanto más distante es ese día 281 (que tomamos como una referencia para simplificar el argumento, a sabiendas de que unas gestaciones duran más y otras menos). Lo que rechazamos es que el paso de un día haga saltar la conducta de no ser en absoluto jurídicamente calificable de un modo a serlo plenamente; y, por consiguiente, que ese pequeño paso pueda conllevar el salto de lo enteramente lícito a lo totalmente prohibido.

14. Conclusiones

- 1^a. *De lege ferenda*, proponemos que se destipifique penalmente el aborto decidido por la mujer gestante, ya que esa decisión es un ejercicio (parcial o totalmente) legítimo de su derecho fundamental a la intimidad corporal, y, por consiguiente, una eximente del art. 20.7 del Código Penal. Ningún sentido tiene que esté tipificada como delito una conducta cuya realización *siempre* viene exenta de responsabilidad penal.
- 2^a. Sin embargo, pueden existir conductas abortivas civilmente ilícitas, a saber: aquellas en las que la decisión de la gestante sea arbitraria, no estando motivada por una causa suficiente de justificación, por lo cual son calificables de comportamientos lesivos para terceros en los que interviene mala fe o grave negligencia (art. 1902 del Código Civil). En tales supuestos, la responsabilidad civil es exigible por quien pueda legítimamente ostentar la representación del *nasciturus* occiso: el progenitor masculino (si cumple unos requisitos muy estrictos), otros familiares o la sociedad a través del ministerio público.
- 3^a. También *de lege ferenda* habría de introducirse en nuestro Derecho (cual se hace en otros ordenamientos) la facultad del parto anónimo y deslindarse la filiación biológica de la legal —voluntariamente asumida por el padre y la madre.
- 4^a. Es gradual la formación del nuevo ser humano, sin que exista ningún corte ni salto en el paulatino paso del no-ser al ser, de la no-pertenencia a la pertenencia a nuestra especie humana. Como homicidio es matar a un ser humano, hay tantos grados de homicidio cuantos de adquisición de esa condición de ser humano: infinitos. En lugar de debatir sobre si la interrupción del embarazo es infanticidio, hay que dilucidar en qué grado lo es; lo cual varía de un día para el siguiente.

- 5^a. Consiguientemente —en virtud del principio metajurídico de proporcionalidad— ha de haber infinitos grados de licitud e ilicitud en la occisión del embrión o del feto (cuando no concurren causas suficientes de justificación en el orden civil, que eximan la mala fe y la negligencia).
- 6^a. La principal causa justificativa del aborto es aquella que tiende a ahorrar al incipiente ser humano una vida horrible, llena de desdichas, amargas y frustraciones, particularmente cuando tal perspectiva resulta de malformaciones detectadas, pues, en ese supuesto, continuar la gestación es causar, no sólo su vida posnatal, sino una vida carente de integridad física y moral, que es la que viene considerada como un derecho fundamental por el art. 15 de la vigente constitución española.

*.La investigación que ha conducido a la escritura del presente ensayo se inscribe en la ejecución del Proyecto de I+D+i «Los límites del principio de precaución en la praxis ético-jurídica contemporánea» (*Kontuz!*), [MINECO FFI2011-24414]; kontuz.weebly.com.