

Artículo

MANUEL ATIENZA Y MANUEL GONZÁLEZ-MENESES

Debate sobre el proyecto de nueva regulación del aborto

➤ **Manuel Atienza.** Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante.

➤ **Manuel González-Meneses.** Notario.

➤ 1. Presentación

Como es sobradamente conocido, en el momento presente el Gobierno de la Nación está preparando un proyecto legislativo para reformar la normativa vigente sobre la penalización del aborto voluntario. Según se ha dado a conocer a la opinión pública, el cambio fundamental que se pretende introducir consiste en el establecimiento de un plazo –al parecer, las catorce semanas siguientes al comienzo de la gestación– durante el cual el aborto sería libre.

Con ocasión de esta iniciativa, en el número de enero-febrero de 2009 de la revista de actualidad jurídica del Colegio Notarial de Madrid, *“El Notario del siglo XXI”* –una revista que, frente a lo que cabría esperar de una publicación corporativa de esta naturaleza, no huye de temas comprometidos y controvertidos–, se publicaron dos artículos sobre el asunto. Del primero de ellos era autor Manuel Atienza, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante; y del segundo, Manuel González-Meneses, notario de Madrid y miembro del consejo de redacción y colaborador habitual de la indicada publicación. En realidad, el orden de aparición de los dos textos no se correspondía con la génesis de los mismos. La iniciativa correspondió a González-Meneses, cuyo texto comenzaba precisamente denunciando la falta de un debate de profundidad sobre las –para él– graves cuestiones morales y jurídicas implicadas en la reforma proyectada. Siguiendo una sugerencia del mismo y con la idea de que la revista no reflejase sólo una de las posiciones en conflicto, se decidió encargar otro artículo a un partidario de la reforma. El elegido para ello fue el profesor Atienza, del cual ya se habían publicado con anterioridad en la misma revista algunos otros artículos sobre cuestiones ético-jurídicas, y que se prestó a aportar su colaboración.

Una vez publicados los dos artículos, los autores convinieron en que el resultado, siendo interesante, no les dejaba del todo satisfechos, por las propias limitaciones del formato. González-Meneses no había podido conocer la posición de Atienza al escribir su artículo ni replicar al mismo, y Atienza, que sí tuvo a la vista el texto del primero, no pudo entrar a rebatir directamente sus argumentos por el respeto a la regla que le fue impuesta y aceptó de no citar el otro artículo, para que la idea del encargo no se hiciese demasiado patente. Y es que, por el propio carácter institucional de la revista, se quiso en lo posible evitar herir susceptibilidades en un tema de suyo tan delicado.

De lo que se trataba, entonces, era de conseguir unas

condiciones de debate más próximas a la habermasiana “situación ideal de habla”, sin interferencias de terceros ni condicionamientos institucionales; un diálogo en el que cada una de las partes pudiera exponer con tranquilidad sus argumentos y rebatir los del contrario, pero con todas las cartas sobre la mesa.

El resultado completo de este debate es lo que ofrecemos ahora a los lectores: los dos primeros artículos, en el orden en que fueron confeccionados (se trata de dos textos independientes y autosuficientes, sin perjuicio de que el segundo de ellos tiene en parte como trasfondo los argumentos empleados en el primero), seguidos de los tres turnos de réplica de que han hecho uso los autores para considerar e intentar rebatir los argumentos de la otra parte y terminar de precisar sus respectivas posiciones. El carácter dialéctico –de réplica, contrarréplica y nueva réplica– de esos otros textos hace que su pleno sentido sólo se alcance en una lectura conjunta de los mismos. Y es eso mismo lo que pueda dar un interés especial a su publicación. Así, en temas tan sensibles como el que es objeto de este debate, en los que parece que lo que chocan son posiciones completas ante el mundo y la existencia, “cosmovisiones”, lo más habitual es encontrar verdaderos diálogos de sordos, en los que las partes intervinientes se arrojan mutuamente invectivas y, sobre todo, no se escuchan en ningún momento. En el diálogo que presentamos, es cierto que en algunos momentos saltan chispas y se percibe la tensión de fondo que el tema genera; pero, en cualquier caso, se trata de un verdadero diálogo, en el que cada uno de los participantes ha puesto su máximo empeño en escuchar a la contraparte, en entender, respetar y no tergiversar su posición, de manera que el enfrentamiento no fuera entre personas sino entre los propios argumentos.

No hace falta decir que el riesgo intelectual que implica un debate de este tipo no es frecuente verlo asumir.

En cualquier caso, los autores eran perfectamente conscientes desde el principio de que ninguno de ellos iba a dar su brazo a torcer, ninguno iba a ser convencido por el otro. Pero aun así, consideraron interesante el reto, y a la conclusión del ejercicio su valoración fue coincidente: la ganancia obtenida en el entendimiento no sólo de la posición y razones del contrario sino de la propia posición había valido bien el esfuerzo realizado.

En cuanto a los lectores, probablemente ninguno de los ya convencidos de una u otra postura se moverá un ápice de su posición, sino que más bien podrá sentirse reforzado en la misma. Para los indecisos o los que no se han para-

do todavía a pensar sobre el asunto, es posible que aquí lleguen a encontrar un criterio o por lo menos se encuentren más ilustrados a la hora de formar su opinión. A ellos corresponde en definitiva el veredicto final sobre el resultado del debate.

Pero sea éste cual sea, un rendimiento ya positivo de este debate es el que resulta de su misma posibilidad y existencia: el ejemplo de convivencia que en un tema tan vidrioso han dado los autores, lo que en un país tan iracundo como el nuestro nunca está de más.

➤ 2. Sobre el aborto

(Artículo de Manuel González-Meneses publicado en el número 23, de enero-febrero de la revista "El Notario del siglo XXI").

El aborto es un tema incómodo por excelencia. Estoy seguro de que muchos lectores de esta revista habrán fruncido el ceño al ver el título de este artículo. Incluso bastantes de ellos habrán pasado estas páginas en busca de una lectura más comfortable. Y es que el aborto es algo de lo que, salvo unos pocos, nadie quiere hablar ni oír hablar. Para la mayor parte de la sociedad española, especialmente para ese sector de la misma que se considera razonable, ilustrado y moderado, el aborto es algo así como un no-tema.

En el plano político esto que digo se pone claramente de manifiesto. Era bastante conocido que, si el partido socialista volvía a ganar las elecciones, en esta legislatura tocaba revisión de la normativa sobre el aborto. No obstante, dicho partido no tuvo el coraje de incluir más de tres líneas muy poco comprometidas de referencia al asunto en su último programa electoral. En cuanto al principal partido de la oposición, la incomodidad que le produce este tema es aún más evidente: en el siempre inacabado viaje hacia el centro, el asunto del aborto viene siendo un inoportuno lastre. No creo que el lector necesite que se le recuerde que en los años ochenta el partido antecesor del actual PP impugnó por inconstitucionalidad el proyecto de la primera ley socialista de despenalización parcial del aborto, para, después, una vez alcanzado el poder incluso con mayoría absoluta en el Parlamento, no proponer por su parte la más mínima medida legislativa para reformar aquella ley ni emplear ningún especial celo en conseguir que la aplicación de la norma se ajustase a lo que en teoría era el espíritu de la misma. En el momento presente, la posición oficial de los populares ante el tratamiento legal del aborto se mueve entre la aséptica afirmación de que, mientras haya una determinada ley, ésta ha de cumplirse y la alegación de que no existe una verdadera demanda social de flexibilización de la normativa vigente, de manera que, si el ejecutivo

promueve ahora una iniciativa sobre la materia, lo hace con el propósito de distraer la atención de la opinión pública, de tender una nueva cortina de humo que aparte la vista del problema real que ahora acucia a la sociedad española, que no es otro que la crisis económica.

En semejante contexto, es evidente que a un verdadero debate de fondo, por lo menos en sede parlamentaria, no vamos a asistir. Como tampoco lo hay en esas comisiones de expertos designados por el Gobierno para asesorar sobre la iniciativa legislativa, de carácter absolutamente monocolor, donde no se ha debatido el *an* sino sólo el cómo y en particular el cuándo. Y no hay debate porque el posible debate está predecido por el carácter "progresista" de la causa. Promover una mayor liberalización de las prácticas abortivas es algo progresista, propugnar un mayor rigor legal es algo reaccionario, autoritario y antipático, con lo cual, en un país donde no se confrontan argumentos sino etiquetas, ya está todo dicho.

En el ámbito jurídico, en el mundo de los juristas, no es muy diferente lo que sucede. En definitiva, se trata de un tema de derecho penal, algo que pertenece a una rama bastante especializada del derecho público. Para el grueso de los juristas, tanto teóricos como prácticos, que nos ocupamos de las extensas materias del derecho privado o de aquella parte del derecho público y administrativo que tiene sustancia económica, el aborto no es un tema que suscite un particular interés profesional y, sean cuales sean las convicciones personales de cada uno, la postura más extendida es la de no significarse en una cuestión que tiene un importante coste de imagen. Y ya se sabe que el positivismo o formalismo jurídico imperante —es ley lo que el legislador dice que es ley— siempre es un buen tranquilizador de conciencias.

Sin embargo, yo pienso que para cualquier jurista que se tome en serio su vocación el tema del aborto no es un tema menor, que se pueda soslayar. Por el contrario, es algo que afecta directamente al propio fundamento del Estado de derecho y por tanto de su profesión. Y no olvidemos al respecto que un Estado de derecho no es un *factum* sino más bien un *fieri*, algo que se va haciendo, algo por lo que hay que luchar cada día. Y esa lucha, la lucha por el derecho, en último término es una lucha por la humanidad, por el reconocimiento de derechos que corresponden al ser humano como tal, lo que va unido a un crecimiento progresivo de la sensibilidad respecto de la necesidad de proteger y asegurar jurídicamente determinados valores frente al predominio de la fuerza, a la simple imposición fáctica del fuerte sobre el débil.

Y en esta construcción del Estado de derecho es evidente que la noción básica, el presupuesto lógico y ontológico

Artículo

gico de todo lo demás, es el concepto de sujeto de derecho, o de "persona", porque todos los derechos se predicán siempre de alguien, de un sujeto. Es el previo reconocimiento de la "dignidad" de un determinado sujeto lo que sirve de base y presupuesto para cualquier reconocimiento de derechos. Y es precisamente la definición de esto tan básico de qué sea una persona humana, de a qué reconocemos o no dignidad humana, lo que pone en juego esta específica temática de derecho penal de la regulación del aborto. Y precisamente por eso y al margen de cualquier consideración de tipo humanitarista, los juristas en general no podemos mirar para otro lado cuando lo que se está cuestionando es el concepto más básico de toda nuestra cultura jurídica.

Hoy no faltan los que sin ningún embozo se expresan en términos escépticos respecto de la noción de "dignidad humana", como un mito o dogma carente de fundamento científico. Y ello porque el progreso del conocimiento científico parece que lleva cada día más a relativizar la existencia de algo así como una "naturaleza humana", de una radical discontinuidad entre el resto de las especies animales y la especie humana, de una separación sustancial entre el mundo material y la actividad psíquica humana (lo que la mentalidad mítica llamaba "espíritu" o "alma").

Puede que sea así, pero lo cierto es que sin la "creencia" en el concepto de dignidad humana todo el edificio del derecho se desmorona. La noción de "persona", de un ser que por ser tal es considerado portador de un valor sustancial incondicionado (dicho de otra forma, que no puede ser tratado sólo como un objeto para una voluntad ajena), es –por decirlo en términos kantianos– un "postulado" ineludible de la razón práctica, es decir, del derecho. Algo que hay que dar necesariamente por supuesto para que todo discurso jurídico tenga sentido. Y ni que decir tiene que es el fundamento básico –y además palmariamente explícito– de todo nuestro orden constitucional.

Por mi parte, es mi compromiso personal como jurista con esa noción de dignidad humana lo que me lleva a echar en falta un debate jurídico de fondo sobre esta cuestión, un debate eludido al que querría aportar ahora tres reflexiones bastante elementales.

En primer lugar, me parece necesario llamar la atención sobre el siguiente dato: la postura que promueve una mayor liberalización de las prácticas abortivas desvía la vista muy intencionadamente de la cuestión de la que realmente se está tratando. Al respecto, el lenguaje empleado no puede ser más revelador: "interrupción voluntaria del embarazo". Ni que decir tiene que el término "interrupción" para expresar lo que realmente sucede no puede ser más

eufemístico; pero sobre todo me interesa el dato de que la interrupción se predica del embarazo: lo que se interrumpe es un embarazo. ¿Y qué es un embarazo? Pues un proceso fisiológico que le acontece a la mujer que está embarazada, como le podría estar pasando una menstruación, la menopausia o una gripe. ¿Pero realmente es eso lo que principalmente se interrumpe? ¿No se "interrumpe", más bien, la vida del feto y como consecuencia de ello cesa la situación de embarazo de la mujer? ¿Por qué encubrimos con palabras y no ponemos los ojos en lo que realmente sucede? Un aborto como hecho en sí mismo es una acción dirigida consciente, voluntaria y directamente a hacer cesar la vida de "algo" que está vivo y con potencialidad de seguir viviendo. Y esa cesación implica necesariamente el empleo de alguna forma de violencia, normalmente mecánica, sobre el feto, una violencia suficiente para producir su muerte.

¿Y por qué la promoción de una mayor tolerancia social y legal hacia semejante tipo de acción se ha llegado a convertir en una causa "progresista"? Pues, básicamente, porque se ha venido vinculando a la causa de la emancipación de la mujer de todas las formas de dominación a que ha estado históricamente sometida. La apropiación de su destino por el género femenino pasa por la reivindicación de la autonomía de decisión de toda mujer respecto de si contrae matrimonio o no y con quién, de si, esté o no casada, mantiene o no relaciones sexuales y con quién, y de si esas relaciones sexuales pueden conllevar o no la generación y gestación de un hijo. Y también pasaría, para algunos, no sólo por decidir libremente si se queda o no embarazada, sino por decidir en todo momento si sigue adelante o no con el embarazo ya producido. Y es que tener o no tener un hijo es algo que afecta no sólo al destino vital de la mujer, convirtiéndola en madre, con todo lo que ello supone, sino incluso a su propia consistencia física, por lo que la gestación tiene de proceso de alguna manera "invasivo", que afecta y modifica el propio cuerpo de la gestante y que incluso es causa normalmente de dolor físico para la misma ("nosotras parimos, nosotras decidimos").

Pero es que, aunque admitamos todo esto, incluso si admitimos que ninguna mujer puede ser obligada a tolerar la continuación de esa ocupación de su cuerpo que supone una gestación, la práctica voluntaria de un aborto no afecta sólo ni principalmente a la libre disponibilidad de la mujer sobre su destino y su cuerpo, sino que, como ya he señalado, de lo que se trata realmente es de la muerte voluntaria y violenta del feto, que es "algo" cuya consistencia, cuya vida y cuyo destino son distinguibles del cuerpo, vida, y destino de la madre, aunque temporalmente ese feto esté alojado en el cuerpo de la mujer gestante y unido física-

mente al mismo.

Fijémonos en que la despenalización del aborto no sólo conlleva el reconocimiento de una facultad de la mujer de decidir si sigue adelante o no "su" situación de embarazo, sino una facultad de la mujer de decidir sobre la vida del feto, lo que evidentemente no es lo mismo. No creo que haga falta decir que en la legalidad vigente muchos de los abortos que se practican tienen por objeto fetos no sólo perfectamente viables en el caso de haber seguido adelante el embarazo, sino con tal grado de maduración que hubieran podido sobrevivir ya por sí mismos fuera del claustro materno.

Dicho de otra forma, si de lo que se trata es de reconocer la facultad de toda mujer de decidir libremente si quiere ser madre o si quiere que su cuerpo siga afectado por el proceso de una gestación ya iniciada, la despenalización del aborto voluntario es la más drástica de las soluciones, pero desde luego no la única. Así, sería posible que la ley reconociese un derecho de "exposición" o abandono del recién nacido (recordando la facultad de que gozaba el *pater familias* romano). De manera que durante un determinado plazo de tiempo desde el nacimiento la madre pudiese renunciar libremente a su maternidad, a la relación jurídica de filiación respecto del bebé nacido, pero sin necesidad de tener que matarlo (quedando el bebé bajo la tutela del Estado o de la Comunidad Autónoma y disponible para la adopción). Posibilidad ésta de exposición que se podría anticipar –para que la mujer no tuviera que soportar una gestación no deseada– a aquel momento de la gestación en que el feto, extraído ya del cuerpo materno –por ejemplo, mediante una cesárea o un parto provocado–, pudiera ser viable y mantenido con vida fuera del mismo.

Y si todo esto sería médica y legalmente posible, resulta claro que la despenalización del aborto (absoluta, durante un determinado plazo desde el comienzo de la gestación, o si concurren determinadas circunstancias) lo que significa realmente es un derecho de vida y de muerte sobre el feto que se reconoce a la mujer gestante mientras dura la gestación, durante un determinado plazo desde su comienzo o si concurren determinadas circunstancias. Y si se reconoce ese derecho de vida o muerte sobre el feto, ello supone que ese feto se sujeta absolutamente a una voluntad para la que es un mero objeto, una cosa, algo, en definitiva, carente de "dignidad humana", porque la dignidad humana, el valor incondicionado de todo ser humano, es incompatible con esa disponibilidad que comprende incluso la posibilidad de destrucción.

Llegados a este punto, les propongo una segunda reflexión. Oponerse a la despenalización del aborto por entender que el feto está dotado de "dignidad humana" y por

tanto –por seguir utilizando conceptos kantianos–, es un fin en sí mismo, que no puede instrumentalizarse para los fines de ningún otro sujeto, supone –se nos dice– incurrir en un prejuicio moral que no tiene por qué ser compartido por todos en una sociedad y en un Estado de vocación pluralista. En definitiva, es una postura ética tan respetable como cualquier otra, pero que no tiene por qué imponerse a todos aquellos que no la comparten, a aquellos que no entienden que un feto sea un ser humano, o que no lo es hasta que ha alcanzado un determinado grado de maduración (o de "normalidad"). Dicho de otra forma, la despenalización más o menos amplia del aborto no implica que se obligue a nadie a abortar, de manera que la mujer que quiera respetar en todo caso la vida de su feto puede seguir haciéndolo, sin que por ello nadie tenga que interferir en las decisiones de aquellas otras mujeres que den una solución diferente a ese conflicto moral que supone un embarazo no deseado.

Este argumento según el cual el antiabortismo supone dogmatismo moral e intolerancia es siempre invocado por los partidarios de la despenalización, pero resulta también socorrido para todos aquellos que en conciencia no están a favor pero que por razones de conveniencia política no quieren hacer causa del asunto.

Pues bien, mi segunda reflexión es que este argumento entraña una gran falacia, supone un desconocimiento de la naturaleza del derecho penal y del derecho en general: la falacia de la neutralidad moral del derecho. Lo que ignora u oculta el argumento es que no existe derecho alguno que sea moralmente neutro. Todo derecho es moral coactiva, moral en pie de guerra. Desde la regulación del derecho de usufructo o las legítimas sucesorias, hasta la ley de aguas, el código de circulación, o el decreto sobre opas, no existe una sola norma jurídica que sea meramente técnica o valorativamente neutral, que no responda a una determinada opción o convicción moral que la mayoría impone coactivamente sin contemplación alguna para los disidentes. Y en particular, el Código penal, por definición, es un monumento a la intolerancia moral: intolerancia con los que matan, intolerancia con los que roban, intolerancia con los que violan, intolerancia con los que defraudan a Hacienda, etc. De hecho, hoy está muy de moda hablar de "tolerancia cero" respecto de, por ejemplo, la violencia doméstica o de género. Y es evidente que el maltratador doméstico tiene sus propias convicciones morales respecto de la legitimidad del uso de la violencia en la intimidad de la familia, convicciones que chocan con la moral social hoy dominante, y a nadie –desde luego a nadie progresista– se le ocurre apelar al relativismo moral o al multiculturalismo para defender un absentismo legal en la materia.

Artículo

A la vista de ello, resulta claro que el problema que plantea la despenalización del aborto no es –como interesadamente se quiere presentar– un dilema dogmatismo-tolerancia, sino más bien una cuestión de trazado de límites morales, el problema de qué concretas acciones se consideran social y legalmente tolerables y cuáles no. Fijémonos, al respecto, en que tanto la normativa actualmente vigente sobre el aborto como las alternativas de regulación que ahora se pretenden promover, no dejan de conllevar sus correspondientes dosis de intolerancia moral o dogmatismo. Según nuestra normativa penal vigente, el aborto voluntario es un delito si no concurre alguno de los supuestos de despenalización. Y si es así, es porque para nuestra ley penal el feto humano está dotado de un valor, de una dignidad, que, como regla general, escapa a la disposición de la propia madre, sean cuales sean las convicciones morales de ésta al respecto. Y no menos “dogmática” sería una ley permisiva con el aborto durante un determinado plazo: transcurrido el plazo, aunque sólo fuera por un día, la ley impondría su prejuicio moral sobre la dignidad del feto cualesquiera que fueran las convicciones de la gestante. Y por supuesto, también es dogmática una ley penal que reconoce el aborto libre y sin embargo sanciona penalmente cualquier atentado de la madre contra el hijo ya nacido, o la que permite atentar contra los afectados por síndrome de Down durante un determinado plazo de gestación pero no después.

Con lo cual la cuestión clave que no podemos dejar de suscitar es: ¿por qué en unos casos somos intolerantes y en otros no?; ¿por qué en unos casos reconocemos un valor o dignidad humana, que prevalece sobre la voluntad materna, y en otros casos no?; ¿cuál es la base racional y objetiva para semejantes diferencias de trato?

Ante este interrogante, la posible respuesta con que nos encontramos es la siguiente: la conciencia social vigente ha evolucionado en el sentido favorable a una mayor tolerancia. Hoy nuestra sociedad en esta concreta cuestión es mayoritariamente más permisiva, por eso los límites entre lo que debe y no debe tolerarse han cambiado; y por eso mismo los juicios de valor que en su día formuló el TC cuando enjuició la constitucionalidad del proyecto de lo que sería la ley del año 1985 hoy se encontrarían socialmente desfasados.

Evidentemente es así (y esto es lo realmente grave del asunto). Pero también es verdad –y esta es la tercera reflexión que les propongo, muy relacionada con la misma idea de no neutralidad moral de la ley– que la relación conciencia social-ley no es unidireccional, en el sentido de que las convicciones sociales vigentes son las que determinan lo que debe ser el contenido de la legalidad, sino más bien

bidireccional. Y ello porque la legalidad vigente influye y mucho en la configuración de la conciencia social dominante, en la determinación de lo que socialmente se considera correcto y aceptable. La ley es educadora y muchas veces también maleducadora. Y al respecto, el caso del aborto es absolutamente paradigmático y aleccionador.

En el año 1985 lo que hizo el legislador fue “despenalizar”, declarar “no punibles”, las acciones abortivas en unos concretos supuestos que se concebían como excepcionales. Precisamente, los casos que se presentaban entonces ante la opinión pública eran siempre casos límite, el embarazo producto de una violación o el embarazo que conlleva un riesgo cierto de muerte para la gestante –casos que estadísticamente han sido siempre bastante infrecuentes–. Y despenalizar significaba sólo no perseguir penalmente unas determinadas acciones, pero no “legitimar” esas acciones como algo en sí mismo valioso, que hubiera que promocionar, como algo a lo que se tiene “derecho”. Precisamente, el TC en su sentencia sobre el proyecto de aquella ley tuvo que hacer muchas filigranas para justificar la constitucionalidad partiendo de la convicción de que para la Constitución la vida del concebido era un valor constitucionalmente protegido. Para ello, apeló a la idea de que la protección de ese bien o valor que es la vida del concebido puede en determinados casos chocar con otros valores también constitucionalmente protegidos y ceder ante los mismos, y también a la idea de que el derecho penal, como última ratio coercitiva, no es la forma de protección que necesariamente debe operar en ciertos casos: *“el legislador no puede emplear la máxima restricción –la sanción penal– para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible, pero que no lo es en ciertos supuestos concretos”* (sic).

Por su parte, los partidarios de la despenalización decían entonces y siguen diciendo ahora que ellos no son partidarios del aborto, en el sentido de que estén a favor de una mayor proliferación de abortos. El aborto no es nunca en sí mismo algo deseable para nadie, pues supone una situación dramática y casi siempre traumática para la propia mujer, con riesgo físico y posibles secuelas psíquicas para la misma. Lo deseable es que ninguna mujer se hubiera de encontrar en la tesitura de tener que decidir abortar. Pero, dadas las circunstancias, de lo que se trata es de no complicar más las cosas con la penalización de una decisión que sólo la persona implicada es capaz de apreciar en toda su compleja dimensión humana, etc. En esta línea, hoy se nos dice que lo que se pretende con la proyectada reforma es tan sólo procurar una mayor “seguridad jurídica” para aquellas mujeres que se han encontrado en esa delicada situación y han tomado una de-

terminada decisión; evitar para las mismas el riesgo de criminalización que todavía puede conllevar la normativa casuística hoy vigente.

No dudo en absoluto de la buena fe de los que emiten estas opiniones, pero lo cierto es que, según las estadísticas oficiales, en España se vienen practicando "legalmente" una media de noventa mil abortos cada año, y el número parece que va en aumento. ¿Merecen alguna reflexión semejantes cifras y tendencia? Se dirá que la realidad social estaba ahí y la ley no ha hecho más que reconocerla; y que si la ley no hubiera permitido abortar en nuestro país, se habrían practicado los mismos abortos fuera, pero con más peligros para las mujeres implicadas, especialmente para las de peor posición económica. Pero, ¿estamos seguros de que es así? ¿No es razonable pensar que un efecto directo de la despenalización, y en especial del reconocimiento de un supuesto de no punición tan vago y flexible en su aplicación como el "grave peligro para la salud psíquica de la embarazada", ha sido una progresiva legitimación social del aborto y una completa banalización del grave conflicto moral que suscita todo aborto voluntario?

¿Qué es lo que hay detrás de una cifra tan gigantesca como la indicada?: ¿miles de mujeres enfrentándose con seriedad a un grave conflicto moral?; ¿o más bien una sociedad cada vez más insensible e inhumana, que acude con normalidad al aborto como una técnica de control de la natalidad, como método anticonceptivo ex post facto, o, incluso, como una técnica de selección eugenésica? Así, hoy es absolutamente frecuente escuchar en cualquier ámbito social cómo una embarazada cuenta con toda naturalidad que se va a practicar una amniocentesis porque ya tiene cierta edad y en la familia suya o de su marido hay antecedentes de cierta anomalía cromosómica... Y nadie parece incomodarse ante una manifestación que implica admitir la disposición a atentar contra la vida del feto en caso de no superar éste con éxito el examen de normalidad, cuando al mismo tiempo forma parte esencial del discurso más políticamente correcto la sensibilidad para con la "diferencia", la lucha por los derechos civiles de todas las minorías y la promoción de la integración social de discapacitados físicos y psíquicos...

En definitiva, lo que ha sucedido más bien es que la despenalización parcial justificada en el excepcional conflicto moral que plantean ciertos casos extremos ha llevado, gracias a los términos tan vagos en que se formuló alguna de las excepciones, a una aplicación cada vez más laxa de la norma, con la consiguiente pérdida de toda noción social de criminalidad, o de simple ilicitud o incorrección moral. Ello ha llevado a su vez a una "normalización"

social de las prácticas abortivas y a una progresiva trivialización o banalización de las mismas, con el resultado de unas cifras cada vez más ingentes de abortos practicados.

Y ésta es la cuestión que hoy tenemos planteada. Si los promotores de una mayor despenalización son sinceros en su afirmación de que ellos realmente no están a favor de que se produzcan más abortos, ¿se han planteado por un momento cuál va a ser el previsible efecto de una normativa aún más laxa que la vigente en la cifra total de abortos practicados? La respuesta a esta pregunta es la gran responsabilidad a la que se enfrenta en estos momentos nuestro legislador.

➤ 3. Sobre la nueva regulación del aborto

(Artículo de Manuel Atienza publicado en el número 23, de enero-febrero de la revista "El Notario del siglo XXI").

1. Hace aproximadamente un cuarto de siglo hubo en España una considerable polémica a propósito de la ley que despenalizaba determinados supuestos de aborto. La Iglesia organizó una verdadera cruzada en su contra y el partido conservador entonces en la oposición llevó el proyecto de ley ante el Tribunal Constitucional, el cual, en lo esencial, vino a decir lo siguiente. El "todos tienen derecho a la vida" del art. 15 de la Constitución debe entenderse en el sentido de que el *nasciturus* no es titular de ese derecho fundamental, aunque constituya un bien jurídico que debe ser protegido. Esa protección, sin embargo, aunque pueda incluir la utilización de normas penales, tiene un carácter limitado, en el sentido de que pueden surgir conflictos graves en los que debe procederse a ponderar ese bien con otros valores como la dignidad, la autonomía o la intimidad. El Tribunal considera que los tres supuestos introducidos por el proyecto de ley (el aborto terapéutico, el aborto ético –por causa de violación– y el aborto eugenésico) son, en principio, constitucionales. Pero, a partir de ahí, pasa a preguntarse si la regulación en cuestión, en sus detalles, garantiza suficientemente el resultado de la ponderación de bienes y derechos. La respuesta es afirmativa en el caso del aborto ético, y negativa en los otros dos supuestos: a los requisitos establecidos en el proyecto deben agregarse otros como la intervención de un médico de la especialidad (en el aborto terapéutico) y la comprobación del supuesto de hecho y la realización del aborto en un centro autorizado (tanto en el aborto terapéutico como en el eugenésico).

La sentencia no suscitó, como era de esperar, grandes entusiasmos. Los sectores más conservadores (en particular, la Iglesia) consideraron que, con ello, el Tribunal Constitucional había, en realidad, legalizado el aborto: "el asesinato de seres inocentes". Los más progresistas vieron en

la sentencia un avance, pero insistieron en que la despenalización del aborto debía extenderse a otros supuestos; más exactamente, la práctica del aborto tendría que estar permitida al menos durante los tres primeros meses del embarazo. Y, en fin, aunque quizás contara con la aprobación de una "mayoría silenciosa", ésta se expresó con la discreción que le es connatural. En cualquier caso, la sentencia, aunque no terminó del todo con la polémica, contribuyó a que la misma disminuyera de intensidad de manera muy considerable. El aborto, en cierto modo, dejó de ser un problema (legal).

A esa situación de relativa pacificación contribuyeron probablemente diversos factores. Uno fue que, con la modificación del código penal, la regulación jurídica del aborto en España (y su aplicación en la práctica: el *law in action* que, en este caso, lo que ha significado es una interpretación laxa de los supuestos despenalizadores) pasaba a ser, aproximadamente, la misma que en los países de nuestro entorno; o sea, se había alcanzado una cierta "normalización" jurídica. Otro tiene que ver con un efecto estudiado en ocasiones por los sociólogos del Derecho y que consiste en que las opiniones morales de la gente tienden a aproximarse a las reflejadas en la normativa jurídica; el Derecho es una fuente importante de la moralidad social, de manera que la nueva regulación (y, sin duda, cambios que se han ido produciendo en estos últimos años en el ámbito social) fue haciendo que disminuyera el número y la intensidad de quienes sostenían posiciones antiabortistas. En fin, un tercer factor a considerar es el de la conveniencia política: ninguno de los dos grandes partidos políticos ha tenido, hasta fechas muy recientes, interés en modificar la situación legal y, de hecho, durante todo el tiempo en que gobernó el Partido Popular (bastantes años con mayoría absoluta) no hubo ninguna iniciativa política (ni tampoco una presión perceptible por parte de la Iglesia) para revertir la situación.

2. El anuncio de que el Gobierno se propone ahora modificar el código penal (para dar seguridad jurídica: hacer que el *law in action* coincida con el *law in books*) y, según parece, introducir el sistema de plazos (que se añadiría a los tres supuestos existentes) no ha producido, ni mucho menos, una polémica comparable a la de entonces. Con independencia de cuál pueda ser la explicación de este fenómeno (a los factores que se acaban de mencionar podría agregarse la creciente despolitización y el empobrecimiento consiguiente del debate público en nuestro país), yo diría que esa (relativa) indiferencia está justificada, en cuanto la fundamentación (en términos morales) del nuevo supuesto presenta, en realidad, menos dificultades que los otros tres, esto es, que los supuestos ya admitidos. Veamos por qué.

El argumento que utilizan los antiabortistas, esto es, quienes defienden que la situación, desde el punto de vista jurídico-penal, debería ser la que había antes de la reforma del código penal de 1985, podría sintetizarse así: 1) La vida humana es un valor moral absoluto. 2) La vida humana empieza en el mismo momento de la concepción. 3) El Derecho penal no debe ir nunca en contra de lo que dicta la moral. Por lo tanto, 4) el Derecho penal no debe legalizar el aborto en ningún caso. Es obvio que el argumento es formalmente correcto, en el sentido de que la conclusión se sigue necesariamente de las premisas. Lo que ocurre es que las premisas (al menos tal y como están formuladas) no son aceptables.

Que la vida humana es un valor moral absoluto o que es un valor que está por encima de todos los otros se dice con mucha frecuencia pero, en realidad, es una tesis que casi nadie acepta de una manera reflexiva. Basta con pensar en los muchos supuestos en los que justificamos (en nuestros Derechos y en nuestros juicios morales) la existencia de acciones que suponen atentar contra la vida de otros o contra la propia: la legítima defensa, el estado de necesidad y la guerra (al menos en determinadas circunstancias) son, diría, de aceptación prácticamente universal; el suicidio, la eutanasia o la pena de muerte pueden considerarse entre los casos que caen en la zona de la penumbra. Además, si verdaderamente pensáramos que la vida es el mayor de los bienes, entonces parece que también tendríamos que aceptar que existe la obligación moral de sacrificar cualquier otro bien (no digamos la propiedad de bienes materiales que no son usados para satisfacer necesidades básicas de su propietario) para garantizar la vida de los demás. O sea, que lo inmoral no sería únicamente matar a otro ser humano, sino dejarlo morir, cuando podríamos evitarlo sacrificando algún otro bien de valor inferior (por definición, cualquier otro que no sea la vida). Pues bien, con independencia de la mayor o menor complejidad que plantean los anteriores supuestos, lo que parece claro es que la tesis que enuncia la primera de las premisas no puede ser aceptada. La vida humana no es un valor absoluto, y tampoco los antiabortistas piensan, en realidad, que lo sea. Es un valor moral fundamental pero que puede entrar en conflicto con algún otro y resultar derrotado. Dicho todavía de otra manera, la vida humana no nos suministra, en nuestros juicios morales, razones de carácter absoluto sino, simplemente, razones *prima facie* que, consideradas todas las circunstancias, pueden resultar o no concluyentes.

En relación con la segunda de las premisas, hay también bastantes y poderosas razones como para rechazarla.

Artículo

Una (no la más fuerte, pero de algún peso) consiste en recordar que históricamente no ha habido acuerdo en pensar que la vida humana empieza con la concepción, ni siquiera en la institución que ha hecho de esa afirmación un dogma. En efecto, en la Iglesia Católica prevaleció, hasta fecha relativamente reciente, una opinión diferente, y de ahí, por ejemplo, la prohibición de bautizar a los fetos. La doctrina actual de la Iglesia sobre la materia proviene de Pio IX, es decir, del Papa que promulgó el *Syllabus* que, como se sabe, es una encíclica en la que son condenados de la forma más radical los derechos humanos y las libertades políticas. A veces se sostiene la premisa 2) con el argumento de que, desde la concepción, existiría ya un ser humano en potencia. Pero a ello se ha replicado, con razón, que el argumento no puede ser utilizado, al menos sin alguna restricción, puesto que, en otro caso, lleva fácilmente al absurdo: decir que el concebido es un ser humano porque puede llegar a serlo es lo mismo (desde un punto de vista lógico) que afirmar que una bellota es una encina o que todos nosotros estamos ya muertos. Otra razón que se esgrime con frecuencia es la de la definición "científica" de vida. Ahora bien, aparte de que entre los científicos no hay consenso al respecto, las definiciones no son procedimientos que nos permitan determinar la realidad o la esencia de las cosas. Las definiciones tienen simplemente carácter convencional y nada impide, sino que es bastante razonable, pensar que "vida humana" puede definirse de maneras distintas: cabe, por ejemplo, dar una definición que puede ser útil a efectos biológicos (y que puede más o menos hacer coincidir el comienzo de la vida humana con la concepción) pero que no tiene por qué ser la misma noción de "vida humana" que pueda considerarse como relevante a efectos morales. Dicho de otra manera, el problema de qué haya de entenderse por "vida humana" a los efectos morales (o jurídicos) no puede resolverse echando mano de la ciencia, aunque la ciencia aporte, sin duda, razones relevantes (razones *auxiliares*) para el juicio moral. Pero un enunciado científico no puede adoptar la forma categórica "la vida humana comienza...", sino otra simplemente hipotética: "si por vida humana entendemos....entonces la vida humana comienza...". En definitiva, lo que tendría que enunciar la premisa 2) para que pudiera ser usada como sustento del argumento antiabortista es que el tipo de entidad existente en el momento de la concepción (y que bien puede llamarse, en algún sentido de la expresión, "vida humana") encarna un valor moral de carácter absoluto o, en todo caso, un valor moral equivalente al de otras entidades como un feto de tres meses, un bebé recién nacido o una persona adulta; más crudo: que el cigoto representa "vida humana" en el sentido moral del tér-

mino. Sobre esto volveré en seguida.

Finalmente, la tercera premisa, la afirmación de que el Derecho penal no debe ir nunca en contra de la moral es también, por decir lo menos, discutible. En primer lugar, porque la afirmación en sí misma no tiene (o no tiene siempre) un sentido claro, dado que existen fuertes desacuerdos sobre si determinadas acciones o normas de comportamiento deben considerarse o no morales. En consecuencia, dos sujetos que estuviesen de acuerdo con esa premisa podrían, sin embargo, estar diciéndonos cosas distintas e incluso opuestas (por ejemplo, uno, que el aborto debería castigarse penalmente, y otro, que debería ser una acción jurídicamente permitida). Para que la premisa pudiera cumplir el papel que le atribuyen los antiabortistas, habría que presuponer algo que constituye el punto central de todo el argumento y que no hay por qué dar por probado: que el aborto es una acción intrínsecamente inmoral. Podría pensarse en sortear esta dificultad e interpretar la premisa en términos más débiles (digamos, a partir de una ética meramente consecuencialista): si el Derecho penal no castigara penalmente los supuestos de aborto, entonces las consecuencias, en términos sociales e individuales, serían mucho peores que en el caso contrario. Pero las cosas no parecen ser así. Se dice a veces que lo que destruye una legislación permisiva con el aborto es el "valor moral" de la sociedad o de los individuos, pero eso no es, en realidad, una consecuencia sino, más bien, una manera de decir que el aborto es intrínsecamente malo, inmoral. Si, por el contrario, las consecuencias se vieran en términos de bienestar, integridad física, autonomía para los individuos (para las mujeres), etc., entonces lo que habría que decir es que el argumento consecuencialista es abiertamente favorable a la permisividad del aborto: una legislación penal que incluyera los tres o cuatro supuestos de despenalización del aborto a los que antes me he referido sería moralmente preferible a la que existía en España antes de 1985. Y, en fin, aunque se considerase que una determinada conducta es (intrínsecamente o no) inmoral, de ello no se sigue necesariamente que deba estar prohibida jurídicamente. Lo cual, como es obvio, no supone defender la tesis (que ciertamente es indefendible) de la separación estricta entre el Derecho y la moral.

3. Del análisis anterior resulta que la clave del argumento antiabortista reside en la afirmación de que el embrión humano, desde el momento de la concepción, tiene un valor intrínseco, posee dignidad y, por ello, no está justificado sacrificarlo en aras de ningún otro valor o interés (salvo que lo que estuviese en juego fuera la vida de la madre, en cuyo caso habría que hablar de un estado de necesidad). ¿Pero tienen dignidad los embriones?

Artículo

El concepto de dignidad es, como resulta obvio, extraordinariamente difícil de precisar y el uso de la expresión "dignidad humana" suele cumplir una función puramente emotiva, ayuna de cualquier significado (descriptivo) distinguible. Eso ha llevado a muchos autores a proponer su abandono y su sustitución por nociones más manejables. En mi opinión, sin embargo, esta última actitud no está justificada, pues es posible reconstruir el concepto de manera que no resulte ni confuso, ni vacío ni ideológico. Puede verse, por ejemplo, como un concepto de enlace, en el sentido de que se usa con dos funciones básicas: para decir que determinadas entidades poseen dignidad; y para adscribir determinadas consecuencias normativas a las entidades así calificadas. Supongamos que la consecuencia sea que, si algo posee dignidad, entonces ese algo no puede ser tratado sólo como un medio, como un instrumento, sino siempre y al mismo tiempo como un fin en sí mismo. Puede haber ciertas dudas en relación a lo que, aplicado a determinadas circunstancias, pueda significar lo anterior (la segunda formulación del imperativo categórico kantiano), pero eso, desde luego, no lo vuelve un concepto inservible: la esclavitud, la tortura o la humillación son, sin duda alguna, comportamientos contrarios a la dignidad humana, y la Iglesia católica cree que también lo es (muchos –entre los que me encuentro– consideran que esa creencia se basa en un error) llevar a cabo una selección embrionaria para dar lugar a un bebé que luego será usado (pero eso no quiere decir que sea tratado *sólo* como un medio) para salvar la vida de un hermano (el famoso "bebé-medicamento"). Lo que aquí nos importa, de todas formas, es el otro aspecto del concepto: cuáles son las condiciones de la dignidad, de la personalidad moral; qué rasgos o características debe poseer una entidad para ser calificada así.

Obviamente, caben, en principio, diversas respuestas a la pregunta. Por ejemplo, se puede pensar en propiedades biológicas, como la pertenencia a la especie humana, el poseer determinado número de cromosomas. Pero esto parece realmente insatisfactorio, un prejuicio "especifista". Supongamos que aparecieran seres que no pertenecieran biológicamente a la especie humana, pero que estuvieran dotados de sensibilidad, de inteligencia, de capacidad de decidir..., ¿dejaríamos por ello de reconocerles como seres dotados de dignidad? ¿Por qué razón? Más plausible parece, por ello, fijarse en características del tipo de las que se acaba de mencionar (Kant, por ejemplo, predicaba la dignidad del "ser racional"), aunque ello no deje de plantear problemas que derivan sobre todo del carácter gradual de esas propiedades. Por supuesto, todas esas dificultades quedarían eliminadas de un plumazo si aceptáramos un

criterio como el que defiende la Iglesia: que los únicos seres dotados de dignidad somos los seres humanos desde el momento de la concepción, porque somos criaturas de Dios y él nos habría infundido desde ese primer momento un alma inmortal. El problema, claro está, es que para aceptar ese criterio se necesita un acto de fe, y esto es algo que no puede exigírsele a nadie que aspire a guiar sus juicios morales mediante la razón.

Pues bien, a donde se llega después de las anteriores consideraciones es a la conclusión de que los embriones, al menos antes de que se pueda predicar de ellos alguna propiedad como la sensibilidad, la capacidad de sentir placer y dolor (lo que no ocurre antes del final del tercer mes de embarazo; hasta entonces no existe un desarrollo del sistema nervioso que lo haga posible: este sí es un dato científico), no son entidades dotadas de dignidad, porque no poseen ninguna propiedad que pudiera justificar esa atribución. No quiere ello decir que carezcan de todo valor, sino que el valor que puedan tener es inferior al del propio embrión en momentos posteriores de su desarrollo y, desde luego, incomparablemente menor que el de una persona adulta. Dejar, por ello, que, hasta ese momento (hasta el final del primer trimestre del embarazo), sea la mujer la que decida si desea o no seguir adelante con el embarazo es, en principio, una cuestión moralmente más simple que la de permitir el aborto en los otros supuestos. Eso explica que un filósofo de la moral como John Rawls haya podido escribir que negarle a la mujer ese derecho (decidir interrumpir su embarazo hasta ese momento) implicaría, lisa y llanamente, actuar de manera *irrazonable*. No hace falta añadir que las razones del Derecho (en este caso, la calificación como permisivas de ciertas acciones) no son las últimas razones cuando se delibera sobre una cuestión práctica; las razones últimas son las de naturaleza moral, las que apelan a la conciencia de cada individuo. Ahora bien, es innegable que para muchos o algunos individuos de nuestras sociedades el aborto (también en los anteriores supuestos, y aunque sean otros quienes lo practiquen o consientan) representa un mal absoluto. Pero ese juicio proviene, por así decirlo, de razones de naturaleza privada (su propia conciencia) que, en consecuencia, no son aptas para justificar la punición penal del aborto en los supuestos mencionados. Y el castigo penal injustificado no sólo es un mal absoluto, sino una forma de atentar contra la dignidad de las personas.

➤ 4. Debate

4.1. Primera réplica de Manuel González-Meneses

La columna vertebral de tu artículo es la discusión de cuatro argumentos o tesis que atribuyes a los partidarios

Artículo

de la penalización de todo aborto voluntario. Los dos primeros serían: la vida humana es un valor absoluto, y la vida humana comienza desde el mismo momento de la concepción. Frente a estos dos primeros argumentos tú sostienes una relativización del valor de la vida humana en general y una relativización del propio concepto de "vida humana".

En relación con esta primera parte de tu argumentación, me gustaría señalarte lo siguiente:

En primer lugar, no tengo ningún reparo en admitir que la vida humana no es un valor absolutamente absoluto –valga la expresión–. Ejemplos como los que tú pones (la legítima defensa, el estado de necesidad, o incluso, con muchísimas más reservas, la guerra) ponen de manifiesto que existen casos en que moral y jurídicamente es admisible el sacrificio voluntario de una vida humana. Ahora bien, convendrás conmigo en que si hay algo parecido a un valor absoluto, eso es la vida humana, porque, evidentemente, es el soporte ineludible de todos los demás valores. Y tampoco se puede desconocer que en casos como los que tú mencionas la subordinación de una vida humana a otro valor siempre tiene un carácter excepcional, siempre plantea un grave problema ético que exige una delicada ponderación de los valores concurrentes en el caso. Con lo cual, tu primer argumento es una simple perogrullada –atribuyes a tus contradictores, para rebatirla, una tesis que en realidad nadie sostiene–, y además, entraña una falacia o trampa dialéctica, como a continuación espero mostrar.

En cuanto a la relativización del concepto de vida humana, por supuesto que tienes toda la razón del mundo cuando vienes a señalar que la ciencia no puede decirnos ni cuándo empieza ni cuándo deja de empezar la vida humana, porque de lo que se trata es de cuándo empieza una vida relevante para la moral o el derecho, y ésta es una cuestión de índole moral y jurídica y no científica.

En relación con ello, tú sostienes una noción gradual de "vida humana" y, consecuentemente, una noción gradual del valor moral y jurídico de dicha vida, es decir, de la dignidad humana, por cuanto no te parece razonable que se pueda equiparar en valor la vida de un feto humano de dos meses con la vida de un feto de cuatro meses, de un bebé ya nacido o de un ser humano adulto.

Pues bien, en relación con semejante noción gradual de la dignidad humana, tengo que decir, en primer lugar, que dicha concepción no deja de suscitar importantes reservas u objeciones en un plano de simple ética racional. En definitiva –señalo yo–, puestos a hacer gradaciones de valor o dignidad, ¿por qué limitarnos a las fases intrauterinas de la vida humana? ¿Por qué no distinguir también, en términos de dignidad y de consecuente protección penal, al bebé de

seis meses respecto del adolescente y a éste respecto del adulto, por cuanto las diferencias entre los mismos –apreciables científicamente– en términos de desarrollo físico, intelectual, afectivo son también evidentes? O también, ¿por qué no reconocer menos dignidad al anciano afectado de alzheimer, o al accidentado en coma? O simplemente, ¿por qué no podemos hacer gradaciones en la dignidad por razón de los diferentes grados de inteligencia y sensibilidad apreciables entre los seres humanos adultos?

Al respecto, no puedo dejar de señalar cómo el igualitarismo (ese ideal absolutamente básico de la tradición ilustrada y progresista, ya se trate de defender la igualdad formal o jurídica, ya la igualdad material, la igualdad en el acceso al disfrute real de los bienes disponibles) presupone el reconocimiento de una igualdad sustancial o de "naturaleza" de todos los seres humanos, que, evidentemente, descansa en un acto de fe, en una creencia extracientífica. Por supuesto que, llevados por nuestro afán racionalizador, podemos cuestionar y relativizar esa noción de igualdad por ser acientífica, pero ¿a qué riesgo?

En cualquier caso, no me interesa ahora insistir en estas posibles objeciones a una noción gradual del valor moral de la vida humana. A efectos dialécticos, acepto también la tesis que tú propones en este punto. Es decir, te concedo que el valor de un feto de menos de tres meses no es del todo equiparable al de un feto de más de tres meses, de un bebé ya nacido o de un adulto. Pero ¿qué valor conclusivo tiene semejante afirmación para llegar a donde tú llegas?

Así, que de la vida humana en general no sea un valor absoluto, o que el valor o dignidad de eso que tú llamas un "cigoto" o "embrión" –¡ah, qué importante es el lenguaje!– de menos de tres meses no sea equiparable a la de un feto que supere esa edad, o la de un bebé ya nacido o la de un ser humano adulto, no se sigue –como parece presuponer– que su valor ético y jurídico sea 0, por cuanto ese feto –a tu entender– es discrecionalmente destruible, sin que ello suponga siquiera un conflicto moral para nadie.

La "trampa" dialéctica –discúlpame– de toda esta parte inicial de tu argumentación es que comparas dos cosas que no se están realmente comparando en el caso: una ley de plazos no supone una ponderación entre el valor de la vida del feto menor de cierta edad y el valor o dignidad de la vida de algún otro ser. Ese conflicto sólo se produce en el caso límite de peligro de muerte para la embarazada (que es un supuesto de estado de necesidad, que a nadie en su sano juicio se le va a ocurrir criminalizar). Así, si yo me encuentro un caracol cruzando un camino por el que voy a pasar, ya sé que su valor moral es muy inferior al de

Artículo

mi propia vida, pero aun así intento esquivarlo, porque en el conflicto entre esa vida y mi simple discrecionalidad no me parece correcto destruir ninguna forma de vida si no tengo alguna razón poderosa para ello.

En el planteamiento de la S del TC de 1985, lo que se ponderaba era la vida del feto y otros valores constitucionalmente protegidos –y ello de forma, a mi juicio, muy poco convincente (y te remito a que releas la justificación en la sentencia del supuesto del aborto eugenésico¹)–. Pero es que para una ley de plazos lo que se pondera durante el plazo en cuestión, lo que entra en conflicto, es, de un lado, la vida del feto, y de otro lado, simplemente, la libertad de la voluntad de la gestante para destruir esa vida. Podemos pensar que esa discrecionalidad es algo que forma parte de la libertad, autonomía y dignidad de cualquier mujer, pero desde luego eso es lo que hay que discutir y justificar y no otra cosa.

Por eso, lo que yo pretendo con la primera reflexión de mi artículo (que en absoluto has rebatido ni llegado siquiera a considerar en el tuyo) es poner de manifiesto: primero, que el reconocimiento de la más plena autonomía de la mujer sobre su cuerpo y su destino no exige necesariamente reconocerle un derecho de vida o muerte sobre el feto (de hecho, lo que está sucediendo en eso que tú llamas *the law in action* es que en España se está rematando a muchas criaturas de siete u ocho meses ya fuera del cuerpo de la madre, lo cual no sé si debería merecer alguna reflexión); y segundo, que el paso de una ley de despenalización de determinados supuestos a una ley de aborto libre durante un determinado plazo supone reconocer a la mujer gestante un omnímodo o incondicionado derecho de vida y de muerte sobre el feto que no supera dicha edad, lo que a su vez presupone que, frente a la libre voluntad de la gestante, el valor o dignidad moral y jurídica de ese feto es igual a cero.

Hasta aquí (ni en mi artículo ni ahora) yo no estoy diciendo que eso me parezca ni bien ni mal, lo único que pretendo es que no se disfrace con bellas palabras, sino que se reconozca el verdadero significado moral y jurídico de la reforma legislativa que se pretende. Y, por supuesto, que se entienda por qué ese cambio legislativo supone una

radical ruptura con la doctrina que estableció el TC en su sentencia del año 2005, una doctrina que se basaba, como ya he señalado, en la ponderación del valor de la vida del feto, sin ninguna distinción de plazo, con otros concretos valores constitucionalmente protegidos, ninguno de los cuales era el simple respeto de la discrecionalidad de la gestante (cuando la sentencia apelaba al valor de la autonomía y dignidad de la mujer era únicamente en relación con el caso de violación, porque en ese supuesto la violación supone un ataque previo a la autonomía y dignidad de la mujer que la padece²).

En relación con lo que vengo diciendo, me gustaría que te pronunciases expresamente sobre lo siguiente: ¿reconoces que es exacto lo que estoy afirmando: que una ley de plazos supone reconocer a la mujer gestante un incondicionado derecho de vida y de muerte sobre el feto que no supera dicha edad, lo que a su vez presupone que, frente a la libre voluntad de la gestante, el valor o dignidad moral y jurídica de ese feto es igual a cero? Y, si no estás dispuesto a admitir semejante formulación –que, claro, suena muy dura–, explícame en qué forma he distorsionado el significado del asunto.

En realidad, lo que tú dices en tu artículo es que la vida del feto de menos de tres meses tiene un valor inferior al de la vida humana en otras fases y por eso el aborto dentro de ese plazo plantea una cuestión moralmente más simple. Literalmente dices –es el pasaje clave de tu artículo–: “... *los embriones (sic), al menos antes de que se pueda predicar de ellos alguna propiedad como la sensibilidad, la capacidad de sentir placer y dolor (lo que no ocurre antes del final del tercer mes de embarazo; hasta entonces no existe un desarrollo del sistema nervioso que lo haga posible: este sí es un dato científico), no son entidades dotadas de dignidad, porque no poseen ninguna propiedad que pudiera justificar esa atribución. No quiere ello decir que carezcan de todo valor, sino que el valor que puedan tener es inferior al del propio embrión en momentos posteriores de su desarrollo y, desde luego, incomparablemente menor que el de una persona adulta. Dejar, por ello, que, hasta ese momento (hasta el final del primer trimestre del embarazo), sea la mujer la que decida si desea o no seguir ade-*

1. No me resisto a copiarla: “*El fundamento de este supuesto, que incluye verdaderos casos límite (sic), se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia. La afirmación anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva (sic, el subrayado es mío, claro)... en la medida en que se avance en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado social (en la línea iniciada por la Ley de 7 de abril de 1982 relativa a los minusválidos, que incluye a los disminuidos profundos, y disposiciones complementarias) se contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización.*”

2. Esta precisión que hago me parece extraordinariamente importante, porque la STC no ponderaba en términos generales –como se podría entender a la vista de la referencia que haces a la misma al comienzo de tu artículo– el valor de la vida del feto con el valor de la dignidad y autonomía de la mujer, como si la libre decisión de abortar en cualquier caso formase parte de esa dignidad y autonomía como valor constitucionalmente protegido.

Artículo

lante con el embarazo es, en principio, una cuestión moralmente más simple que la de permitir el aborto en los otros supuestos”.

¿Qué quiere decir que es una cuestión moralmente más simple? Que en realidad no hay cuestión moral. O quizá que la valoración compete a la propia gestante y que nadie puede interferir –y menos que nadie la ley penal– en su decisión.

A la vista de ello, te planteo la cuestión de otra forma: esta mujer sobre la que tú proyectas todo el problema moral acude a ti, en concepto de experto en el tratamiento racional de temas morales, en busca de consejo y ¿qué le dices: que haga lo que quiera sin preocuparse, porque la cuestión es más simple, como el feto no tiene todavía tres meses..., o que lo piense bien?; ¿y en esa maduración de la decisión, le sugerirías que –además de tener en cuenta los riesgos para su salud y equilibrio emocional, etc.– ponderase como un posible valor a tener en cuenta el valor de la vida de ese feto de menos de tres meses como un bien en sí mismo?

O también de esta otra forma: dos chicas de dieciséis años se quedan embarazadas, lo cual supone para ambas, por su situación personal y familiar, una situación igualmente complicada, una decide abortar y la otra continúa con su embarazo y llega a tener el hijo. Dejando completamente al margen cualquier cuestión jurídica y en particular de derecho penal, ¿te parece que en un plano de ética racional las dos decisiones son moralmente equivalentes? Te lo digo porque soy padre de un niño de ocho años y dentro de poco tendré que explicarle ciertas cosas y creo que forma parte de mis deberes educativos instruirle moralmente sobre ciertas cuestiones.

Para mí ya sería un gran triunfo que reconocieses que, incluso en un planteamiento de libre opción, una decisión es más correcta que la otra. Y si es así, me gustaría saber en qué fundamentas tu juicio moral.

Otra parte de tu argumentación está relacionada con el tema de la conexión entre moral y derecho y, como no podía ser de otra forma, rechazas la pretensión de imponer mediante la ley penal lo que consideras meras convicciones morales subjetivas o de conciencia.

Creo que en mi artículo esa consabida alegación es contestada suficientemente (de eso trata mi segunda reflexión). Ahora, continuando con mi estrategia mayéutica, lo que quiero es comprobar hasta dónde llega tu consecuencia también en este punto. Hay un dato clave que sirve de base al conjunto de tu argumentación: para ti –como hemos visto antes–, el conocimiento científico nos permite afirmar que hasta que no se ha cumplido el tercer mes de gestación el sistema nervioso del feto no ha alcanzado un

desarrollo que nos haga reconocer un ser humano dotado de dignidad, un ser al que podamos atribuir la noción de dignidad humana.

Concedámoslo. Pero ahora la cuestión que te propongo es la siguiente: ese dato científico sobre el desarrollo del sistema nervioso que tan relevante te resulta, ¿es aprovechable también en sentido positivo? Si, de conformidad con tu concepto “de enlace” y no “especifista” de dignidad humana, consideras que hasta que no se alcanza un determinado desarrollo del sistema nervioso no hay ser humano con relevancia para la moral y el derecho, ¿podemos concluir que Manuel Atienza considera que a partir del tercer mes de gestación, cuando ya sí concurre ese desarrollo según la ciencia, nos encontramos, ahora sí, ante un ser humano dotado *erga omnes* –también frente a su madre– de dignidad moral y jurídica (si se quiere, no plena –pero entonces ¿a qué circunstancia vinculamos la dignidad plena?–).

Me gustaría que te pronunciaras de forma expresa sobre este punto y también sobre los que a continuación te planteo.

– Si entendemos que a partir de los tres meses ya sí hay ser humano con relevancia moral, ¿cómo justificas racionalmente el aborto llamado “eugenésico” con posterioridad a esa edad del feto? Te recuerdo que en la legalidad vigente el aborto por graves taras físicas o psíquicas en el feto (y como tales se viene entendiendo en nuestra *law in action*, por ejemplo, el síndrome de Down) se admite hasta la semana 22, lo que, de seguir tu tesis, no tendría nada que ver con el tema del desarrollo insuficiente del sistema nervioso hasta el tercer mes. ¿Es que a esos fetos les falta todavía algún requisito adicional para alcanzar tu “concepto enlace” de dignidad humana?; ¿o no es más bien que con ese plazo de lo que se trata simplemente es de disponer de más tiempo para el diagnóstico?

– Pero, sobre todo, con qué celo crees moral y racionalmente correcto que el poder público debería emplearse en la defensa penal de la vida de los fetos de más de tres meses? Y digo esto por las apelaciones que repetidamente haces a la *law in action* en contraste con la *law in books*, y porque muchos, para justificar la reforma o para no oponerse frontalmente a la misma, están diciendo que siempre será mejor una ley de plazos que el “cachondeo” que supone la aplicación de la ley vigente, que realmente significa un régimen de aborto libre sin límite de plazo con el disfraz de unos certificados de daño psíquico para la gestante que muchas clínicas tienen ya firmados en blanco.

Como yo lo veo, los partidarios de la reforma invocan argumentos científicos para justificar la no punición durante los primeros tres meses, pero no parecen sentirse en abso-

Artículo

luto vinculados por esa misma evidencia científica cuando se trata de defender la vida del feto que ha superado ya la edad en cuestión. De la misma manera que resultan a estas alturas bastante risibles todos aquellos arduos y conmovedores debates de principios de los ochenta sobre los casos límite, cuando uno repara en cuál ha sido la aplicación real de la norma. En definitiva, no deja de ser un tanto absurdo que estemos tan preocupados discutiendo sobre la corrección y oportunidad de un determinado texto legal proyectado cuando una de las partes se reserva el derecho de no sentirse en absoluto vinculada por el texto que definitivamente se apruebe cuando llegue la hora de su aplicación.

Por ello, en mi simple afán de clarificar las posiciones, me gustaría que un conspicuo partidario de la reforma hacia una ley de plazos me dijera, en un ejercicio de sinceridad, si ya con eso se planta y se da por satisfecho, o la ahora propugnada ley de plazos es sólo un paso más hacia un objetivo final que sería el aborto completamente libre y subvencionado por la Seguridad Social. Me gustaría saberlo, porque, de ser esto segundo, me parece que todo el argumento sobre el desarrollo del sistema nervioso es completamente inane.

Y concluyo ya, ocupándome de otro argumento importante al que das relevancia, el argumento que llamas "consecuencialista". Lo transcribiré: *"Se dice a veces que lo que destruye una legislación permisiva con el aborto es el "valor moral" de la sociedad o de los individuos, pero eso no es, en realidad, una consecuencia sino, más bien, una manera de decir que el aborto es intrínsecamente malo, inmoral. Si, por el contrario, las consecuencias se vieran en términos de bienestar, integridad física, autonomía para los individuos (para las mujeres), etc., entonces lo que habría que decir es que el argumento consecuencialista es abiertamente favorable a la permisividad del aborto: una legislación penal que incluyera los tres o cuatro supuestos de despenalización del aborto a los que antes me he referido sería moralmente preferible a la que existía en España antes de 1985."*

A mi modo de ver, tu planteamiento del problema en términos consecuencialistas incurre en exactamente la misma petición de principio que tú achacas a la posición contraria, solo que de sentido inverso. Tu argumento consecuencialista sólo resulta pertinente si en el cálculo de las consecuencias descartamos a priori todo cómputo de las vidas de los fetos destruidos como un posible valor o bien sacrificado. Pero incluso concediendo –una vez más– ese a priori de tu argumento, tu planteamiento del asunto me parece muy simplista. Por supuesto que, en una consideración individual y ex post facto, practicado ya el aborto, para

el bienestar de las mujeres implicadas es mejor no padecer ninguna complicación judicial o penal. Pero no creo que a la cuestión se pueda plantear en semejantes términos, porque ello nos llevaría a considerar deseable una derogación de todo el Código penal. Lo que se trataría de juzgar desde esta óptica consecuencialista es si para el conjunto de las mujeres y, por supuesto, para el conjunto de la sociedad es mejor o peor una normativa penal más permisiva en esta materia, teniendo en cuenta los efectos sociales generales que resultan de la existencia de una normativa u otra.

En relación con ello, me gustaría que te pronunciasen sobre estos puntos:

– ¿Un incremento en el número total de abortos practicados (las cifras oficiales ya superan los 100.000/año) te parece bueno, malo o completamente indiferente en términos éticos y de bienestar social general?

– ¿Consideras que una normativa legal más permisiva favorece una mayor proliferación de abortos? ¿Te parece inexacto lo que afirmo en mi artículo sobre cómo la despenalización ha contribuido a la trivialización social de algo que no debería dejar de suponer, como mínimo, un delicado problema moral?

Para mí, y ya concluyo, la "normalización" social del aborto –que tú celebras–, aparte de que supone hacer recaer en exclusiva sobre las mujeres el coste físico, psicológico y moral de un problema cuya generación (y nunca mejor dicho) no es solo imputable a las mismas, me parece socialmente muy negativa porque:

– En primer lugar, contribuye a educar a nuestros jóvenes en la cultura de la irresponsabilidad y el mínimo esfuerzo, porque el aborto es siempre la salida más fácil, seguir la línea de menor resistencia. Si el embarazo sobreviene inoportunamente o si la criatura viene con problemas que nos van a complicar mucho la vida y a exigir importantes sacrificios, la solución más fácil y cómoda es no hacer frente al problema, eliminarlo y además ocultar las huellas.

– Y sobre todo, fomentar la insensibilidad hacia la vida humana, aunque sea en sus estadios más ínfimos y dependientes, no creo que contribuya precisamente a la construcción de una sociedad más solidaria, más integrada, más sensible, más benévola, en suma, más humana, que se supone que es a lo que todos aspiramos.

Muchas gracias por tu atención (quizá me he extendido demasiado) y espero impaciente tu respuesta.

4.2. Primera réplica de Manuel Atienza

Me planteas muchas cosas en la crítica que haces a mi artículo. Trataré de contestar con el orden con el que tú las has formulado y con la claridad (sinceridad) que me reclamas.

Empiezo por aclarar que lo que presentaba en mi artí-

Artículo

culo era algo así como el “argumento estándar” que puede encontrarse en quienes defienden posturas antiabortistas. Y que (esta era mi “estrategia argumentativa”) bastaría con que una de las premisas del argumento no fuera aceptable, para que no pudiera sostenerse la conclusión (la justificación de castigar penalmente ciertos tipos de aborto). Me parece que es algo distinto a como tú lo planteas. Voy ahora al detalle.

Sobre si la vida tiene un valor absoluto. Si te he entendido bien, tu tesis es que la vida, aun no siendo un valor absoluto, sin embargo, es de mayor importancia que cualquier otro. Creo que te equivocas. El argumento de que como la vida es el presupuesto de los demás valores debe, por ello, considerarse de más importancia que los otros es, me parece, notablemente débil. El que X sea un presupuesto o un requisito para Y no significa necesariamente que X posea un mayor valor que Y. Procrear a Einstein fue un requisito para que éste formulara las leyes de la relatividad, pero solemos pensar que hay más mérito (más valor) en lo segundo que en lo primero. Tampoco aporta mucho, me parece, lo que dices de que la subordinación de la vida a otro valor tiene siempre un carácter excepcional. No lo aporta, porque eso puede decirse de cualquier valor o, en todo caso (para usar la terminología de nuestra Constitución), de cualquier “valor superior”. No tendría sentido decir que algo es un valor si no fuera porque, normalmente, debemos actuar de acuerdo con lo que ese valor señala. Por lo demás, yo no creo ni siquiera que la vida sea siempre, en cualquier circunstancia, un valor. No lo era, por ejemplo, para la mujer italiana (Eluana) que llevaba años en estado vegetativo y cuya vida algunos políticos y la Iglesia católica estaban empeñados en mantener a toda costa (basándose en el valor absoluto o sagrado de la vida). En mi opinión, es muy claro que el héroe moral de esta tristísima historia ha sido el padre que ha luchado con todas sus fuerzas para lograr que su hija dejara de vivir. Y, en fin, es posible que fuera una perogrullada lo que decía en mi artículo (o lo que estoy diciéndote ahora), pero la verdad es que no alcanzo a comprender por qué.

Sobre el concepto de dignidad. Es cierto que si la dignidad se hace depender de características psicológicas o que tienen que ver con lo que usualmente llamamos racionalidad, surge el problema de que esas propiedades parecen darse como un continuo, lo que llevaría a pensar que el concepto de dignidad admitiría grados. Es un problema, en mi opinión, complejo y en el que no entraré mucho aquí, entre otras cosas porque tú también parece aceptar que “el valor o dignidad” de un embrión de pocas semanas no es equiparable al de un feto de 6 o 7 meses o al de un recién nacido. Me limito a decir que encuentro fundada la

tesis de que, desde el momento del nacimiento (desde que se es titular de derechos fundamentales), todos los seres humanos tienen la misma dignidad aunque, efectivamente, no todos tengan las propiedades antes mencionadas en el mismo grado o intensidad. Pero me parece que esto no tiene por qué resultar extraño. Algo parecido ocurre con los otros grandes valores morales, como la igualdad y la autonomía (Kant pensaba –y creo que tenía razón– que igualdad –o, si se quiere, universalidad–, dignidad y autonomía eran expresiones distintas de una misma realidad o “ley moral”): no todos somos iguales en cuanto a capacidades físicas, intelectuales, etc. ni tenemos la misma capacidad para actuar de manera autónoma, pero debemos ser tratados por igual y ser igualmente considerados como seres autónomos.

Lo que sí me parece extraño es que, en relación con lo anterior, me atribuyas una afirmación que, obviamente, no hago: “Así, que de la vida humana en general no sea un valor absoluto (...) no se sigue –como parece presuponer– que su valor ético y jurídico [del embrión hasta el tercer mes de desarrollo] sea 0, por cuanto ese feto –a tu entender– es discrecionalmente destruible, sin que ello suponga siquiera un conflicto moral para nadie”. Pues bien, yo no digo que su valor sea 0, sino que es inferior al del embrión en fases posteriores de su desarrollo, al del feto, etc. (como tú mismo lo recoges en un párrafo de mi artículo que transcribes). Y no digo tampoco que no haya un conflicto moral. Digo que ese conflicto moral es más fácil de resolver que el de los otros supuestos (lo cual, si te he entendido bien, tú también aceptas) porque aquí lo que tenemos es, por un lado, el bien que supone una entidad que no presenta ningún rasgo al que quepa atribuir peso moral y, por otro lado, el bien, mucho mayor, que representa la autonomía de la mujer (autonomía que tú tienes empeño en calificar siempre como “discrecionalidad”, quizás para que el lector lo asocie con “arbitrariedad”: como bien dices, el uso del lenguaje tiene su importancia).

Aclarado esto, paso a pronunciarme –como me pides que haga– sobre las cuatro preguntas muy concretas que me planteas.

A la primera. Una ley de plazo significa, en mi opinión, simplemente lo que acabo de decir: reconocer que el valor de la autonomía de la mujer es superior al de un embrión en una fase de su desarrollo en la que no cabe hablar ni de sensibilidad ni de ninguna otra propiedad vinculada con la dignidad. Quizás conviene insistir: carencia de dignidad no significa carencia absoluta de valor. Tampoco, en mi opinión, tiene dignidad un cadáver, y eso no quiere decir que se le pueda tratar de cualquier manera.

A la segunda. La cuestión, el conflicto moral, es aquí

Artículo

más simple, en relación con el tipo de ponderación a realizar. Te recuerdo además que eso, en mi artículo, hacía referencia a la decisión en relación a si ese tipo de conducta, de aborto, debía estar o no castigado penalmente. El conflicto que se le plantea a una mujer en relación a si debe o no abortar es de naturaleza distinta.

En relación con un conflicto de este último tipo –esta es mi respuesta a la tercera pregunta– mi opinión es mucho menos categórica, entre otras cosas porque hay muchísimos elementos que habría que tener en cuenta a la hora de dar un consejo o de emitir un juicio. En cualquier caso, lo que sí me parece importante subrayar (y esto es algo en que los partidarios de la despenalización suelen insistir) es que precisamente esa no incriminación del aborto es lo que hace posible que cada mujer –o cada pareja– pueda plantearse (y resolver) el problema en el uso de su autonomía moral (sin la amenaza de la coacción penal).

A la cuarta. Como acabo de señalar, no creo que se pueda emitir un juicio *in abstracto*. Pero, en principio, creo que sería absolutamente comprensivo con una chica de 16 años que decidiera abortar en las primeras semanas del embarazo. Naturalmente, mejor hubiera sido que no hubiera tenido que abortar, o sea, que no hubiera quedado embarazada sin haberlo deseado. Y es posible que se den circunstancias en las que tenga sentido no interrumpir el embarazo. No se si has visto una película reciente, *Juno*, en la que se plantea el caso de una adolescente que quiere tener el niño después de un embarazo no deseado y busca a una pareja (al final será sólo la mujer) a quien donárselo. La chica muestra, sin duda, en su actuar y en su personalidad rasgos de gran valor moral. Pero tampoco diría que quien, en esa misma situación, decidiera no llevar adelante el embarazo presentara, por ello, algún tipo de déficit moral.

Sobre el aborto después del tercer mes de gestación. Yo no he dicho, ni dado a entender (me parece), que a partir de entonces existiría ya un ser humano dotado de una dignidad plena. Lo que digo es que, antes de ese momento, es seguro que no existe ningún elemento que permita ni siquiera empezar a hablar de dignidad. Aquí aparece de nuevo la cuestión de la gradualidad y la necesidad de señalar algún momento (o algunos momentos) determinante(s). Mi opinión al respecto es coincidente con la que se trasluce en el código penal (en el código penal tradicional, en el que el aborto se ha castigado siempre menos que el infanticidio o el homicidio) y con la interpretación del Tribunal constitucional, según la cual los titulares de los derechos fundamentales –empezando por el derecho a la vida– son “todos los nacidos”. O sea, la dignidad plena la tienen todos los seres humanos nacidos y por igual. Lo que

tenemos entonces es que, a partir del tercer mes de embarazo (de la semana 14), existe una entidad que tiene un mayor valor del que tenía anteriormente, y un valor que se va incrementando a medida que el embrión se va desarrollando. Por eso, la ponderación se hace “más difícil”, en el sentido de que la justificación del aborto requiere de mayores razones (y de ahí que, además de a la autonomía de la mujer, se apele a su salud física o mental, etc.). Y de nuevo se plantea la necesidad de distinguir entre el Derecho y la moral. Pues una cosa es la cuestión de si la mujer debe, desde el punto de vista moral, llevar adelante el embarazo (o le está permitido interrumpirlo); y otra la de si ese tipo de comportamiento, el aborto, debe estar o no castigado penalmente. Mi respuesta a la segunda pregunta es que no (cuando se da alguna de las razones de las que vengo hablando) y a la primera que depende. O sea, no creo que haya que descartar que hay un cierto número de mujeres (francamente, no me atrevería a decir si son muchas o pocas; no tengo suficientes elementos de juicio como para poder pronunciarme al respecto) que actúan mal, moralmente mal, al abortar, quizás sobre todo porque (o si) han podido evitar con cierta facilidad un embarazo no deseado. Tienes, naturalmente, razón al pensar que la tasa de abortos practicados en España muestra la existencia de un problema grave y que sería bueno que disminuyera ese número (y aún mejor que no hubiera ningún aborto). Pero lo que de ahí se sigue, en mi opinión, es que deberían tomarse medidas enérgicas para mejorar la educación sexual de la gente (particularmente de los jóvenes) y para facilitarles el uso de medios anticonceptivos. O sea, lo que necesitamos no es más código penal, sino otro tipo de medidas más blandas.

Dejo para el final el argumento de las consecuencias. Por supuesto, si alguien cree que existe una persona humana (a efectos morales) desde el momento de la concepción, entonces las consecuencias de permitir el aborto dentro de las primeras semanas del embarazo (tengo una estadística a mano –del Ministerio de Sanidad–, según la cual sólo el 1,9 por ciento de los abortos que se realizan en España tienen lugar después de la semana 21) son manifiestamente horribles. Lo que pasa es que pensar así me parece simplemente irrazonable, absurdo. Significaría equiparar a campos de exterminio no sólo a las clínicas en las que se practican abortos, sino también a los centros en los que se aplican técnicas de reproducción humana asistida (y que suponen la existencia de miles de preembriones congelados). Si dejamos esto a un lado (y me parece que en esto concordamos), el cálculo de las consecuencias habría que hacerlo considerando, por un lado, la evitación de sufrimiento, sobre todo para las mujeres, que supone la

despenalización del aborto y, por otro lado, el sufrimiento que esas medidas despenalizadoras provocan en quienes consideran el aborto como un grave atentado contra la vida humana. Pues bien, sigo pensando que aun contando con este segundo tipo de sufrimiento (de sufrimiento, digamos, "moral") que yo no tenía en cuenta en mi artículo (y que es dudoso que debiera tomarse en consideración), el resultado del cálculo en una sociedad como la nuestra sería abiertamente favorable a la despenalización del aborto. Pero, de todas formas, yo no soy un utilitarista en materia moral (aunque creo que las razones utilitaristas tienen su peso en el razonamiento moral). Si una acción fuera en contra de la dignidad humana, entonces no estaría moralmente justificada el realizarla (ni, en muchos casos, permitir la jurídicamente), aunque ello supusiera aumentar la felicidad o el bienestar de la mayoría. Lo que pasa es que no creo que el aborto (particularmente en las primeras semanas del embarazo) signifique atentado alguno contra la dignidad humana.

4.3. Segunda réplica de Manuel González-Meneses

Te agradezco mucho que te hayas prestado a contestar a esa especie de interrogatorio al que te sometí en mi anterior envío.

En cualquier caso, esa forma de proceder por mi parte no me parecía injustificada en la medida en que el principio de inercia juega en tu contra en la materia que nos ocupa. Estando vigente una determinada normativa legal y proponiéndose por algunos una reforma de dicha normativa para dar paso a un régimen legal diferente, es el que propone o apoya el cambio el que, evidentemente, soporta la carga de justificar la necesidad del mismo, de convencernos de por qué es más correcto o conveniente lo que se propone que lo ya existente.

En el caso que nos ocupa, concurre además la circunstancia de que la normativa hoy vigente fue en su día objeto de un enjuiciamiento expreso y detenido por parte del Tribunal Constitucional con ocasión de un cuestionamiento de su constitucionalidad, y la norma que ahora se proyecta no sólo supone un cambio importante de planteamiento respecto de la ley vigente, sino que también supone con toda claridad una ruptura con la interpretación que de la Constitución realizó en este punto el TC en aquella ocasión. De manera que la viabilidad de la reforma objeto de nuestra reflexión puede suponer no sólo un simple cambio de ley sino incluso de la doctrina constitucional sobre la materia, en el caso de que se llegase a plantear el correspondiente recurso.

Es posible que tú no lo veas así. De hecho, la idea fundamental de tu artículo es que admitir el aborto durante los tres primeros meses de embarazo es algo menos grave y

conflictivo moralmente que lo que ya admitió el TC en el año 1985 cuando consideró compatible con la Constitución la despenalización en determinados supuestos, en algunos de ellos sin consideración de plazo alguno. No obstante, para mí esa ruptura o choque con la doctrina sentada entonces por el TC es algo claro porque: primero, la sentencia del 85 no distinguió un diferente valor que para la Constitución tuviera, como bien jurídicamente protegido, la vida del feto humano en atención al tiempo de gestación transcurrido (más bien afirmó –en su FJ 5– la condición de continuum de la vida humana desde el comienzo de la gestación); y segundo y sobre todo, el TC no consideró en absoluto que la "autonomía" o "autodeterminación" de la mujer gestante para decidir si sigue o no adelante su embarazo fuera, en general, un valor constitucionalmente protegido con el cual hubiera que ponderar el valor de la vida del feto.

En cualquier caso, aunque te has prestado a contestar a las preguntas propuestas, tus respuestas me parecen, en general, bastante elusivas.

Hay un primer punto en el que te he querido apretar: la admisión de que reconocer la libertad de decisión de la mujer durante un determinado plazo del embarazo supone negar todo valor moral a la vida del feto humano de menos de tres meses (y digo "humano" no porque quiera colgarle ya a priori el atributo de la dignidad humana, sino porque, como es obvio, nos estamos ocupando de fetos de la especie humana y no de fetos de perro, de caballo o de comadreja, aunque, evidentemente, la introducción de ese adjetivo ya produce cierta incomodidad, ¿no?, y es que es difícil desprenderse del prejuicio "especifista").

Para mí, desde un punto de vista de ética racional, en relación con esta cuestión solo caben dos posibilidades:

a) O se sostiene que el feto humano de menos de tres meses carece de todo valor moral (y por tanto jurídico), en cuyo caso la decisión de la mujer gestante de destruirlo es tan insignificante moral y jurídicamente como la decisión, por ejemplo, de cortarse una uña.

b) O bien, no se niega que ese feto de menos de tres meses tenga algún significado, valor o relevancia moral, pero se sostiene que ese valor es inferior (no sólo a un valor superior que pudiéramos reconocer a ese mismo feto unos días o semanas más tarde, o al bebé ya nacido), sino –y aquí está el quid de la cuestión– al valor que reconocemos a la libertad o autonomía de la mujer que se pone de manifiesto en el acto de destruirlo. El poder de decisión de la mujer, tanto si decide continuar con la gestación como si decide destruir el feto, tendría un valor moral superior al valor de la vida de ese feto de menos de tres meses.

A mi modo de ver, tu posición se mueve de forma difu-

Artículo

sa entre estos dos planteamientos. Yo te he querido forzar a que reconocieses que tu postura coincide con la a). Tú te has resistido a ello, aunque —a mi juicio— al final lo terminas admitiendo cuando dices “...aquí lo que tenemos es, por un lado, el bien que supone una entidad que no presenta ningún rasgo al que quepa atribuir peso moral y, por otro lado, el bien, mucho mayor, que representa la autonomía de la mujer”. Decir que el feto de menos de tres meses no presenta ningún rasgo al que quepa atribuir peso moral ¿no es lo mismo que decir que su peso o valor moral de cara a una posible ponderación es 0 (que es la afirmación que yo consideraba implícita en tu posición)?

En cualquier caso, lo ambiguo y contradictorio de tu posición se pone de manifiesto en el hecho de que en esa misma frase que he transcrito contrapones un “ningún” con un “mucho mayor”. El mucho mayor —desde un punto de vista lógico— parece contraponerse a un nivel muy inferior de una determinada magnitud, pero no a un nivel nulo.

De todas formas, no me interesa insistir más en este punto. Para mí, lo que no terminas de justificar de ninguna forma es precisamente por qué la autonomía de la mujer (o si quieres, su libertad, su dignidad, el derecho fundamental al libre desarrollo de su personalidad) ha de comprender la facultad de decidir libremente si destruye o deja seguir viviendo a ese feto de menos de tres meses, si es que a éste le reconoces algún valor, aunque sea mínimo —lo que, como digo, no queda claro—.

Como es evidente, la “autonomía” en abstracto de cualquier persona comprende —en términos morales— la facultad de decidir muchas cosas, pero no cualesquiera cosas. Por poner un ejemplo no muy apartado del tema, si una mujer mata o simplemente maltrata a un bebé ya nacido, no puede alegar su “autonomía” para que nadie pueda enjuiciar moral, jurídica y penalmente su decisión. Por supuesto que me dirás que eso es así porque ese bebé ya nacido tiene una innegable dignidad humana, que prevalece sobre la autonomía de la madre, y no tiene esa dignidad el feto de menos de tres meses. Pero, insisto, aunque la dignidad de ese feto —según tú— sea muy inferior, ¿por qué no significa nada frente a la autonomía de la madre? ¿Por qué cede ante la simple voluntad de la madre sin más justificación que la pura “autonomía” de ésta? Es por eso por lo que, de forma por supuesto intencionada, hablo de “discrecionalidad” y también —si quieres— de “arbitrariedad” para referirme a eso que tú llamas autonomía.

Jurídicamente, la noción de autonomía tiene un significado bastante preciso: significa crear uno mismo la norma o precepto que ha de regir los propios intereses. Pero cuando los juristas hablamos de autonomía, no lo identificamos —al menos desde Ihering— con el reconocimiento del

simple querer, de un poder de la voluntad completamente abstracto: el poder o la libertad de querer cualquier cosa, sino que de una forma u otra vinculamos el reconocimiento de ese poder de la voluntad a la persecución de algún fin, de algún interés, de algo con una mínima relevancia, o que al menos no choque por sí mismo con el orden moral o jurídico (es lo que los iusprivatistas llamamos la “causa” del negocio). De acuerdo con este enfoque “intencional” de la autonomía, la misma se carga de un cierto contenido moral y deja de ser simple libertad de la voluntad. Se convierte en algo así como libertad para el bien, aunque entendamos aquí bien en el sentido más lato y menos restrictivo que sea posible. Y eso es lo que, en definitiva, hace que la autonomía tenga moralmente un valor positivo.

De acuerdo con ello, no me resulta convincente que digas sin más que el valor del feto es muy inferior al valor de la autonomía de la mujer. ¿De la autonomía de la mujer para qué? Igual hay una contestación, no digo que no (para desarrollar un determinado plan de vida para el cual la condición de madre en ese momento es un obstáculo, por ejemplo), aunque tú de momento no la hayas dado. Quizá, entonces, lo que habría que ponderar es el valor del feto en comparación con ese proyecto o interés de la madre obstaculizado por el embarazo.

No creo que este nuevo planteamiento del problema que propongo te parezca del todo rechazable, pero me dirás que en esa ponderación ni el derecho en general ni en particular el derecho penal tienen nada que decir. Un aborto “frívolo”, por decirlo así, te parecería moralmente mal, pero no por ello punible.

Pero en cualquier caso, tú te resistes a entrar en ese terreno. En definitiva, vienes a considerar que la autonomía de la mujer o de la pareja (¡ah!, ahora el “padre” tiene algo que decir...) a la hora de decidir si el embarazo continúa o se interrumpe es un valor moral en sí mismo, sea lo que sea lo que decidan; y expresamente manifiestas que la joven de 16 años que decide abortar en las mismas circunstancias en que otra chica sigue adelante con la gestación no manifiesta “algún tipo de déficit moral”, sin que te cuestiones en absoluto los motivos de su decisión, con qué ponderó ella el valor de la vida de su feto.

Me gustaría llamar tu atención sobre una de las frases que has escrito al respecto: “Y es posible que se den circunstancias en las que tenga sentido no interrumpir el embarazo”. No sé si llegas a ser consciente de lo que estás diciendo: parece como si, ante cualquier embarazo no deseado, lo que tiene sentido, lo normal, es abortar, mientras que la decisión de continuar con el embarazo fuera algo excepcional, a lo que hay que buscar “sentido” en alguna circunstancia concurrente. Perdóname que te lo diga así,

Artículo

pero es como el mundo al revés. Se supone que un embarazo –más o menos deseado, imprevisto o inoportuno– es un proceso natural que tiene su propia inercia, que por sí solo lleva normalmente a un resultado en sí mismo valioso (una nueva vida humana, con todo lo que ello supone). Lo anómalo, a lo que habría que buscar algún sentido justificatorio, es a la interrupción voluntaria y necesariamente violenta y traumática de ese proceso. Creo que esa frase tuya es muy reveladora de hasta qué punto una cuestión que parece simplemente jurídico-penal puede llegar a alterar el enjuiciamiento moral más elemental de cuestiones vitales muy básicas (y en esto reside el núcleo de mi posición: no pretendo que una determinada acción esté penalizada porque me regocije ver cómo la gente va a la cárcel y se ve amedrentada por los fiscales, sino porque la educación moral, y muy en especial de los jóvenes, empieza por el hecho de que ciertas líneas estén bien trazadas en la ley, en su caso penal).

Hay un dato al que sí parece dar una cierta relevancia en el plano del enjuiciamiento moral del asunto: el dato de la posible negligencia en la evitación del embarazo. En principio, resulta un tanto sorprendente, porque harías depender de una conducta previa de la gestante la valoración del conflicto moral que suscita la decisión de seguir o no adelante con el embarazo. La verdad es que no sé qué tiene que ver esa conducta previa con la autonomía de la gestante que se pone en juego en el momento de decidir si aborta o no. No parece, en cualquier caso, que esa conducta previa le dé mayor valor moral al feto, pero sin embargo para ti sí podría disminuir el valor de lo que ponemos en el otro platillo de la balanza: el valor de la autonomía de la mujer. En cualquier caso, ya es algo, porque supone introducir un matiz que condiciona, al menos en el plano del simple juicio moral, el valor absoluto que parecía tener esa autonomía.

De hecho, si consideras relevante moralmente el que la mujer, pudiendo adoptar fácilmente medidas anticonceptivas, no lo haya hecho, es porque de alguna forma presumes que haberse puesto ella misma en la situación de embarazo no deseado es algo en alguna medida reprochable. ¿Pero en qué basas ese reproche, si la decisión de abortar durante esos primeros tres meses es algo, si no moralmente indiferente o irrelevante, sí al menos una cuestión exclusivamente privada de la misma?

Pasando a otro aspecto del asunto, me interesaba mucho –muchísimo– conocer tu posición, como partidario de una ley de plazo, respecto de lo que sucede una vez pasado el plazo: si a partir de entonces ya sí vamos a ser rigurosos, y cómo justificamos –a la vista del argumento empleado para negar dignidad humana al feto de menos de

tres meses– los supuestos de despenalización para cuando ese plazo ha transcurrido.

Al respecto, lo que se infiere de tu respuesta o no respuesta es que, efectivamente –*quod erat demonstrandum*– el valor del feto que ha superado la edad fatídica tampoco nos merece una excesiva consideración. La dignidad humana del feto que ha conseguido ese relevante desarrollo de su sistema nervioso sigue sin ser afirmada: hay un avance gradual en el valor, de manera que la autonomía de la mujer ya no es la única ratio a tener en cuenta, pero la dignidad plena sólo se consigue con el nacimiento. Para esto último invocas un argumento jurídico-positivo constitucional (el reconocimiento del derecho fundamental a la vida sólo a los nacidos), pero me gustaría conocer cuál es el fundamento racional de semejante criterio, por cuanto en sí mismo considerado (y según nos enseña cada día más la ciencia) un feto de nueve, ocho o incluso siete meses no parece diferenciarse mucho (en su sensibilidad al dolor, desarrollo afectivo, inteligencia) de un bebé acabado de nacer, cuya gestación ha podido incluso ser más breve, y también porque el momento del parto cada vez más se hace depender de la voluntad humana (a mí por lo menos no me parece muy racional hacer depender la dignidad moral de un determinado ser de la agenda profesional de un ginecólogo).

En cuanto a mi muy concreta pregunta sobre la justificación moral del aborto “eugenésico” transcurrido el plazo de los tres meses, ha recibido la llamada por respuesta, quizá porque sea la cuestión más incómoda desde el punto de vista de lo políticamente correcto. Así que sobre ese punto nos tendremos que contentar con los admirables argumentos que empleó el TC en el año 1985 y que he reproducido en mi anterior envío.

En cuanto a –otra vez– el argumento consecuencialista, cuando dices que, claro, si consideramos una pérdida moral computable la destrucción de los fetos, tendríamos que equiparar las clínicas abortistas o los centros de reproducción asistida, con sus miles de preembriones congelados, a los campos de exterminio, lo cual es completamente irrazonable, estás argumentando en términos puramente hegelianos: todo lo que es racional es real y todo lo que es real es racional. También podían decir los confederados en la guerra de secesión americana que cómo iba a ser mala la esclavitud si se había practicado durante tanto tiempo por todo el mundo.

Pero lo que realmente me llama la atención es que, descartado el valor moral de los fetos destruidos, lo único que ahora quieres ponderar o incluir en el cómputo es: de un lado la disminución de sufrimiento que, sobre todo para las mujeres, supone la despenalización del aborto, y de

otro lado tan solo el sufrimiento moral que padecemos los que consideramos que esas medidas despenalizadoras del aborto suponen un grave atentado contra la vida humana.

Es como si al final todo fuera un problema de hipersensibilidad moral de los detractores del aborto. ¿De verdad crees que ésa es la conclusión de un análisis serio de lo que –prescindiendo de todo posible valor de las vidas de los fetos sacrificados– significa para una sociedad la existencia de un régimen más o menos riguroso de penalización del aborto? Para mí, la cuestión es, desde luego, mucho más compleja. El efecto directo e inmediato del establecimiento de un régimen de aborto libre y subvencionado públicamente durante los tres primeros meses de gestación es la absoluta normalización social del aborto durante ese plazo, de manera que, ante cualquier embarazo imprevisto, inoportuno o inconveniente, la salida normal, cada vez más limpia y aséptica, con más facilidades y menos complicaciones, sea el aborto; de la misma forma que la despenalización del aborto en caso de taras físicas o psíquicas del feto unida a la generalización de las técnicas de diagnóstico prenatal supone que la solución también fácil ante la existencia de cualquier “anormalidad” sea el aborto. ¿Eres consciente de lo que eso significa en términos de presión de todo el entorno social sobre las mujeres, en especial de las adolescentes, cuando resulta que todo aborto –por mucho que lo rodeemos de asepsia médica y jurídica– no deja de producir siempre dos víctimas: primero el feto, y segundo, pero no menos importante, la mujer? Así, ante un problema que debería ser de toda la sociedad, es la mujer la que es inducida a superar una posible situación de angustia momentánea acudiendo a una salida que en realidad no es ninguna salida, porque durante toda su vida se le hace cargar a ella sola con una grave herida psicológica y moral.

Y en relación con esa pretendida hipersensibilidad moral que nos achacas a los detractores del aborto, te recuerdo que el personal sanitario que trabaja en las clínicas donde se practican abortos suele decir que acostumbra a no mirar a la cara de los fetos muertos. De otra forma, es evidente que su trabajo les resultaría impracticable. Y es que, en definitiva, si mirasen, correrían el riesgo de ver quizá en ese pedazo de carne lacerada un rostro humano.

Y en fin, para mí, en toda esa argumentación tuya sobre la carencia de dignidad humana del feto lo que hay es ese mismo no mirar.

Y ya creo que no tengo mucho más que decir.

Muchas gracias por todo, otra vez.

4.4. Segunda réplica de Manuel Atienza

Trataré de nuevo de contestar a tus objeciones, y por el orden en que las presentas.

En relación a si la nueva normativa del aborto (el sistema de plazo) supone o no una ruptura con la interpretación de la Constitución que efectuó en su día el Tribunal Constitucional, no tengo una opinión categórica, pero yo diría que más bien no o, al menos, que no parece muy difícil interpretar la sentencia en cuestión de manera que pudiera hablarse (en el caso de que el TC resolviera un hipotético recurso en el sentido de declarar la constitucionalidad de la nueva ley) de “evolución” jurisprudencial, y no de “ruptura”. Como prueba de esa no necesidad de ruptura, contesto a los dos argumentos que tú aportas (para defender justamente la tesis opuesta). En relación con el primero, si la vida humana supone –como lo indicó el TC– un *continuum* desde el momento de la gestación, entonces eso parece implicar precisamente que su valor es menor en los primeros momentos de su desarrollo, de manera que la justificación del aborto durante las primeras semanas exigiría, *ceteris paribus*, razones de un menor peso que en momentos posteriores. Todo dependería entonces (paso a tu segundo argumento) del peso que el TC concediera al valor de la autonomía de la mujer gestante. Y aquí, creo que te equivocas cuando afirmas que el TC no consideró que la autonomía de la mujer fuera un valor que debiera ser ponderado en relación con la vida del feto. Explícitamente, en el fundamento 8, el TC se refiere, como posible límite a la protección de la vida del *nasciturus*, al “libre desarrollo de la personalidad”, valor al que vuelve a apelar (ahora, en relación con uno de los supuestos de aborto, cuando el embarazo haya sido consecuencia de un delito de violación) en el fundamento 11. Pero además, aunque el TC no lo hubiera mencionado entonces, parece obvio que la autonomía es uno de los valores básicos de nuestra Constitución, de manera que difícilmente cabría hablar de “ruptura” simplemente porque se le haga entrar en un proceso de ponderación.

Sobre el valor *moral* de la vida del feto. Es posible que yo haya sido algo ambiguo en mi respuesta, pero no diría que elusivo. El término “valor moral”, referido a X, puede entenderse, en efecto, como una afirmación de que X posee un valor intrínseco, o bien como el reconocimiento de que X es algo que debe ser considerado, a lo que se le debe dar algún peso, en un razonamiento moral. Esto último es lo que yo quería decir en relación con el embrión, en las primeras semanas de su desarrollo. O sea –lo repito o lo aclaro– no creo que tenga un valor intrínseco, puesto que del mismo no puede predicarse dignidad, pero no por ello deja de tener relevancia en el razonamiento moral; y de ahí que el hecho de que una mujer haya podido evitar fácilmente el embarazo sea una circunstancia a considerar, al menos en principio, a la hora de efectuar un juicio moral

Artículo

sobre un posible aborto. Su peso en el razonamiento (en la ponderación) no es igual a cero, pues el Derecho (y la moral) atribuye valor a muchos bienes que no son bienes fundamentales y que, en consecuencia, deben ceder frente a otros bienes que tengan esta última característica. Me parece que la diferencia entre nosotros dos estriba en que yo no creo que el embrión de menos de tres meses posea un valor en sí mismo, tenga dignidad, y tú, por tu parte, no pareces tampoco dispuesto a aceptar que la autonomía de la mujer sea, en sí misma considerada, un valor. No voy a insistir más en por qué niego ese valor intrínseco al embrión, pero sí quisiera recordarte que tu idea de que la libertad sólo tiene "moralmente un valor positivo" si es una "libertad para el bien" tiene un fuerte sabor antiliberal: es el argumento tradicional (que puede encontrarse en Agustín de Hipona o en Tomás de Aquino) para negar la libertad de expresión, la libertad religiosa, etc. Y afirmar, por cierto (como yo lo hago), que la libertad, la autonomía, representa en sí misma (y con independencia de cómo se use) un valor, no es lo mismo que defender que ese valor sea absoluto, ilimitado. Naturalmente que no lo es: ni jurídica, ni moralmente.

Tienes razón en que, en cierto modo, me "resisto" a entrar en la cuestión de si una mujer que aborta actúa correcta o incorrectamente desde el punto de vista moral. Lo hago porque, como te decía, la tesis que yo defendía en mi artículo no tenía que ver con eso, sino con si el aborto (o cierto tipo de aborto) debe ser o no una conducta punible; son dos cuestiones distintas que me parece importante mantener separadas. Y también porque la contestación a la pregunta que me hacías me parece mucho más compleja, por las razones que te indicaba; en todo caso, mi opinión es que para juzgar acerca de la moralidad o no de ese tipo de acción, la autonomía de la mujer juega un papel fundamental. A ti te extraña que, a propósito de un embarazo no deseado de una joven de 16 años, yo parezca presuponer que lo normal es que decida interrumpir su embarazo y que no vea que ese comportamiento implique algún déficit moral. Lo hago porque me parece que, al menos en muchísimas ocasiones, proseguir con ese embarazo supondría un obstáculo formidable para que la joven del caso pudiera llevar adelante su plan de vida, esto es, pudiera vivir el tipo de vida al que tiene derecho; y también porque no creo que si el aborto se practicara en las primeras semanas del embarazo supusiera para ella "una grave herida psicológica y moral"; aunque, obvio es decirlo, cualquier mujer preferiría no tener que pasar por ese trance. Es posible que en algún caso sea como tú dices pero, te repito, no veo que eso tenga que ser una consecuencia *necesaria* de haberse sometido a un aborto sino, si acaso, de una deter-

minada concepción (normalmente, religiosa) de la vida. No hace falta que aclare que, naturalmente, cada cual tiene derecho (dentro también de ciertos límites) a vivir de acuerdo a sus convicciones, sean éstas religiosas o no.

Nunca he pensado, por supuesto, que los partidarios de penalizar el aborto sientan ningún tipo de regocijo ante el castigo a los transgresores de las normas que propugnan mantener o introducir. Supongo que lo que desearían es que la amenaza penal fuera suficientemente persuasiva para que no se produjeran esas transgresiones. Pero he de decirte que tu defensa del castigo penal basándote exclusivamente en razones de "educación moral", en la necesidad de que la ley penal trace los límites de la moralidad, te aproxima peligrosamente al llamado perfeccionismo moral: una concepción, también ésta, de raigambre inequívocamente antiliberal y, en mi opinión, claramente injustificada.

Quizás llesves razón en que fijar el momento de la dignidad plena en el nacimiento pueda ser discutible; sería una consecuencia del carácter gradual de las propiedades de las que se hace depender la dignidad. Pero, como tú mismo dices, lo que podría discutirse, en todo caso, es si ese momento debiera fijarse en los nueve, los ocho o los siete meses; no en estadios anteriores, de manera que ello no afectaría al fondo de nuestra discusión. Y, en cuanto a la justificación moral del aborto "eugenésico", si en mi anterior contestación te pareció que daba "la callada por respuesta", ello se debe, en efecto, a que me parece razonable, en lo esencial, la argumentación del TC que tú irónicamente calificas de "admirables argumentos": imponer a la mujer llevar adelante un embarazo en esas circunstancias y amenazarla, en caso contrario, con una sanción penal supone, ciertamente, la imposición de una conducta que va más allá de lo razonablemente exigible.

En fin, a propósito del argumento consecuencialista, la razón de nuestro malentendido descansa, en mi opinión, en que tenemos una idea distinta de la noción de daño (de consecuencias dañosas). Y de ahí que a ti te parezca que me adhiero al dictum hegeliano de que "todo lo real es racional". Pero no es así. A lo que yo apelaba no era a eso, sino al simple sentido común, que a mí me dice (pero no a ti) que no es sensato comparar una clínica abortista o un centro de reproducción humana asistida con campos de exterminio. Tú das también por supuesto que la "normalización social del aborto" en los tres primeros meses del embarazo es un terrible mal y que la mujer es mucho más víctima cuando se le provoca el aborto que cuando se le obliga a continuar con el embarazo. Me temo, sin embargo, que la tuya es una noción de daño que no puedes objetivizar, por mucho que uses, al respecto, un lenguaje cargado de emotividad lo que, por otro lado, no suele

ser el mejor instrumento para la discusión racional de los problemas.

No se si habré contestado a todas tus objeciones, pero sí estoy seguro de no haberlo hecho de manera que puedas considerar satisfactoria. Como habías comentado al comienzo de nuestra discusión, no era de esperar que, al cabo de la misma, alguno de los dos convenciera al otro. Yo no extraigo, sin embargo, de ello, una conclusión escéptica con respecto al valor de la discusión racional. Tus críticas me han obligado a tratar de afinar y de precisar mis argumentos y me han ayudado, por ello, a entender mejor mi posición y diría que también la tuya. Supongo que, como a mí, a ti también te habrá sorprendido comprobar hasta qué punto difiere el significado de los verbos entender y comprender. Pero no deja de haber una ganancia –me parece a mí– en el hecho de entender al otro, aunque no se comprendan sus actitudes ni se comparta todo aquello que integra una forma de vida, una manera de estar en el mundo.

4.5. Tercera réplica de Manuel González-Meneses

Aunque ya daba por concluida mi participación en el debate con mi último envío, lo cierto es que tu última réplica lleva consigo un ataque muy directo y en apariencia contundente al conjunto de mi posición, el cual –llegados hasta aquí– no puedo dejar sin respuesta alguna. Por otra parte, puesto nuevamente en faena, aprovecho para someter también a tu consideración un nuevo argumento que hasta ahora no habíamos considerado pero que me parece muy pertinente.

En cuanto a lo primero, mientras redactaba en mi anterior intervención el excursus sobre la “voluntad buena” en relación con el valor moral de la autonomía, me planteé, evidentemente, la posibilidad de un ataque similar al que tú has realizado: la acusación de antiliberalismo y perfeccionismo moral. Sin embargo, deseché la necesidad de anticipar una defensa específica ante esa previsible respuesta, primero, porque me parecía que mi posición al respecto ya quedaba suficientemente clara tanto en ese texto como en el primer artículo (la segunda reflexión, dedicada a desactivar la frecuente presentación de la cuestión del aborto como un debate tolerancia vs intolerancia), y también, porque pensaba que no llegarías a incidir en algo que a mí me parece muy evidente. Y es que a la hora de enjuiciar moralmente una acción humana cualquiera, la libertad de la voluntad del sujeto que ha actuado o su “autonomía”, no es el valor que preferentemente debe ponderarse en ese juicio. Esa libertad de la voluntad interviniente no es el criterio que decide ese juicio moral, sino más bien el presupuesto de la posibilidad misma del juicio moral. En la medida en que reconozcamos que ese ser humano ha sido de

facto libre de actuar de una forma u otra (lo que, como nos enseñó Kant, es un “postulado” metafísico o extracientífico de la razón práctica), podremos plantearnos un enjuiciamiento en el plano moral y racional de ese comportamiento. Pero, si en el juicio sobre si lo hecho está bien o mal, es mejor o peor, introducimos la idea de que, se haya hecho lo que se haya hecho, lo importante es el valor moral que se manifiesta en el ejercicio de la libertad de acción o de elección en sí misma, entonces lo que queda cancelado es el discurso moral (y por ende, el jurídico) en su integridad, porque entonces ya no hay nada que decir sobre conducta humana alguna. Ante la infabilidad del valor de la libertad humana, no nos quedaría otra que acatar el precepto de Wittgenstein y permanecer para siempre callados.

Aplicando –por seguir con Kant– el test básico de racionalidad ética, la universalización de la máxima, a tu posición ante el problema, es claro que nos vemos abocados al absurdo. Por supuesto que la libertad, el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía, no sólo de la mujer embarazada, sino también de la mujer no embarazada, del varón, del anciano o del niño, son valores e incluso derechos fundamentales reconocidos y protegidos por nuestra Constitución con el máximo nivel de protección jurídica que quepa imaginar, pero ello no quiere decir que cualquier conducta de esos sujetos esté amparada en todo caso por la protección constitucional de la autonomía de la persona. Y no creo que haga falta detenerse en muchos ejemplos, pero, en fin, propondré uno.

Las leyes fiscales nos obligan por la fuerza al cumplimiento de un deber de solidaridad social y cívica cuyo último fundamento no deja de ser, por supuesto, moral. Si una contribuyente de sexo femenino incumple sus obligaciones fiscales, siempre podría alegar que, de conformidad con sus planes de libre desarrollo de su personalidad, se le ocurren en ese momento muchos mejores empleos para su dinero que el pago de los impuestos. Y no creo que a nadie se le ocurra decir que la exacción forzosa de la cuota tributaria correspondiente o incluso la imposición de sanciones penales si la infracción cometida es de una determinada enjundia constituye una desconsideración respecto del valor moral de la autonomía personal de esa mujer; o que sería mejor moralmente no constreñir su voluntad con amenaza alguna jurídica o penal para que pudiera decidir con plena libertad si paga o no los impuestos. Es evidente que, tanto moral como jurídicamente, y por supuesto *ceteris paribus*, el acto de voluntad de no pagar el impuesto no vale lo mismo que el acto de voluntad de sí pagarlo, sin que ello suponga en absoluto un desmerecimiento para el valor moral que en sí misma corresponde a la libertad de la voluntad o a la autonomía de la persona. Y tampoco creo

Artículo

que sostener esto sea incurrir en un perfeccionismo moral intolerable.

Lo que quiero decir con esto es que la diferencia entre tú y yo no se encuentra en que yo valore más o menos que tú la libertad o autonomía humana en general, y la femi- nina en particular, sino simplemente en que tú valoras me- nos que yo la vida del feto humano.

Y en directa relación con ello, mi visión del derecho penal no es tampoco demasiado diferente de la tuya si convienes conmigo en que uno de los objetivos más impor- tantes (aunque no el único) de la introducción de un mayor rigor penal en materia, por ejemplo, de violencia doméstica o de género no es ni la idea de expiación, ni la idea de prevención especial (que un determinado convicto no vuel- va a delinquir), sino la prevención general y en particular la educación de la sociedad y en especial de los jóvenes en la convicción de que todo ser humano con independencia de su sexo y de su posición en una relación de pareja me- rece siempre el máximo respeto. Lo que, por otra parte, tampoco quiere decir que identifique absolutamente los ámbitos de la moral y del derecho y en particular del dere- cho penal. Por supuesto que el derecho penal tiene un impor- tante significado y contenido moral (y en una sociedad como la nuestra especialmente, cuando se ha convertido para amplios sectores sociales en el único referente moral, incluso sólo cuando un concreto ilícito es descubierto y efectivamente sancionado), pero la moral que impone co- activamente la ley penal es y debe siempre ser una moral de mínimos. Y nuestra divergencia se encuentra entonces simplemente en lo que, en este concreto punto, yo consi- dero comprendido dentro del mínimo exigible y tú no. Lo que a su vez es una consecuencia de que yo veo humani- dad en el feto y tú –al menos para el de menos de tres me- ses– no.

En relación con esto último y con tu concepto gradual o procesual de adquisición de la humanidad, me gustaría proponer un nuevo argumento que hasta ahora no había introducido, pero que me parece que puede tener interés en el plano de la discusión racional.

Olvidémonos por un momento de la posibilidad fáctica de un aborto voluntario y planteémonos el caso de una mujer embarazada de cuatro semanas que tiene conoci- miento de su situación de embarazo y que en ese mismo momento decide empezar a fumar (sin verse afectada por una adicción previa y teniendo un perfecto conocimiento del riesgo que para la salud del feto y de su desarrollo futu- ro puede conllevar semejante hábito). Creo que conven- drás conmigo en que, moralmente, no se trata de una con- ducta indiferente y que no parece descabellado afirmar que esta mujer está poniendo de manifiesto con esa conducta

un déficit moral (incluso un importante déficit moral). No sé si ante el caso que te propongo me dirías que la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad de esta mujer que sin ninguna necesidad decide fumar porque sí y cuales- quiera que sean las consecuencias para el feto es un valor tan primordial que excluye cualquier posible cuestiona- miento y reproche moral (al menos si no queremos incurrir en antiliberalismo y perfeccionismo moral).

Pero, si es como estoy diciendo, la cuestión que se nos plantea es la siguiente: en ese posible enjuiciamiento mo- ral de la conducta de esta gestante, ¿qué es lo que tene- mos en cuenta, únicamente el valor moral “intrínseco” – como dices tú– o “actual” de ese feto o embrión de cuatro semanas –algo que, según tú, carece de todo peso moral frente al valor de la autonomía de la mujer– o el valor, por decirlo así, “potencial” de ese embrión o feto? Yo creo que es más bien esto segundo: lo que nos preocupa y nos pa- rece mal –por lo menos a mí– de la conducta de esta ges- tante no es el daño físico que en este momento está cau- sando al feto –que puede ser nulo, ante la falta de desarro- llo de su sensibilidad para el dolor–, sino que está injustifi- cadamente poniendo en peligro la salud futura del hijo que se está formando y al que puede ocasionar daños graves e irreparables, cuyas consecuencias se manifestarán y pade- cerán por éste en el futuro. De manera que lo que realmen- te estamos ponderando es el valor de la voluntad que deci- de caprichosamente fumar y el valor de la vida o de la cali- dad de la vida futura de un ser humano con dignidad plena que es el desarrollo esperado de eso que de momento sólo es un feto humano. De hecho, en este enjuiciamiento de la conducta de nuestra gestante la menor edad del feto po- dría jugar incluso en su contra, en la medida en que deter- minados hábitos o conductas de la gestante podrían afec- tar más grave e intensamente al feto cuanto más temprana fuera la fase de su desarrollo (y por tanto, inferior su valor intrínseco).

Fijémonos además en que un juicio de este tipo presu- pone algo muy importante: la especialísima relación de vinculación y dependencia física entre ese feto y la mujer gestante no se traduce moralmente en una idea de libre disponibilidad (lo que es propio de una mera situación fácti- ca de poder), sino más bien, en un especial deber de dili- gencia por parte de la gestante, en cuanto la misma tiene, por “la naturaleza de las cosas”, “a su cargo” esa vida y salud del feto, con todo su significado potencial. (Y que existe la convicción social acerca de este especial deber de diligencia se pone de manifiesto, por ejemplo, en una reciente campaña publicitaria de una cerveza sin alcohol que utilizaba precisamente la impactante imagen de una embarazada con un botellín de cerveza en la mano).

Compliquemos ahora nuestro caso introduciendo en el mismo la posibilidad fáctica y legal del aborto voluntario libre durante, por ejemplo, las primeras catorce semanas de gestación. ¿Y qué hacemos ahora con nuestro juicio moral sobre la embarazada que decide caprichosamente fumar (o consumir cocaína o hacer puenting)? ¿Lo suspendemos, mientras no se pronuncie expresamente, en ejercicio de su autonomía personal, sobre si decide seguir adelante con el embarazo o interrumpirlo? Y, una vez que decida, ¿nuestro juicio se ha de someter a su decisión, en el sentido de que, si decide tener el hijo, nos parecerá muy mal cualquier conducta que injustificadamente ponga en peligro el correcto desarrollo del feto; mientras que, si decide abortar, ya es completamente indiferente lo que hubiera hecho antes o después (siempre, claro, que persevere en su decisión de abortar)? No creo que esté incurriendo en jesuitismo si señalo la extraña aporía moral y racional que supone entender que una conducta anterior moralmente indiferente se convertiría sobrevenidamente en mala (por su repercusión negativa en la vida futura del hijo) como consecuencia de no cometer un acto que objetivamente es más dañino para el valor (la vida futura del hijo) cuya consideración justifica esa reprobación moral.

En definitiva, lo que pone de manifiesto el caso expuesto es que a la hora de juzgar moralmente los conflictos que puedan surgir entre la libertad de la voluntad de la mujer gestante y el –por decirlo así– “interés” del feto, cualquiera que sea la edad de éste, todos tendemos por sentido común a pensar: primero, que lo que está en juego no es sólo el valor intrínseco o actual que pueda tener el feto en un momento dado, sino más bien lo que este feto tiene de proyecto ya en marcha y concreto de una vida humana única e irrepitable que alcanzará su plenitud de significado y valor en el futuro; y segundo, que frente al indicado valor potencial de ese feto, cualquiera que sea su edad, la libertad de la voluntad de la madre no es en absoluto un valor incondicionado, que no deba rendir cuentas moralmente a nadie.

Y si esto es así –y tendrás que admitir, que cualquiera que sea mi motivación personal para participar en este debate, no he introducido ni antes ni ahora el más mínimo argumento religioso o teológico en el asunto–, es racionalmente muy extraña una posición según la cual ese aludido valor potencial del feto (moralmente relevante en un embarazo que sigue adelante) es absolutamente descontado del análisis frente al valor incondicionado de la autonomía femenina si lo que se decide es eliminar directamente el soporte objetivo de ese valor potencial.

En relación con esto que a mí me parece absurdo racionalmente, volvemos justo al punto donde empezó nuestra

discrepancia: al valor primordial o básico de la vida humana (en cuanto presupuesto de cualquier otro valor, incluida la autonomía personal), porque justo aquí está la clave del problema. ¿Tiene sentido que nos preocupe que un ser humano llegue a padecer una ceguera o una malformación de la cadera de forma injustificada porque su madre fumó caprichosamente durante el embarazo, y sin embargo no que, estando ya en marcha su específico proceso vital, sea suprimida esa vida sin ninguna justificación especial? ¿Es menos importante una vida futura entera suprimida que una lesión en la vista o en la cadera de alguien que ha llegado a vivir? O dicho de otra forma, ¿es racional pensar que una mujer embarazada está sujeta a un deber de diligencia respecto del feto con independencia de su grado de maduración en atención al valor de la vida futura de ese feto si el mismo llega a nacer, un deber que limita por supuesto la autonomía personal de esa mujer, y al mismo tiempo pensar que es una cuestión indiferente moralmente, o una cuestión donde el valor primordial a tener en cuenta es el de la autonomía de la mujer, la comisión de un acto que supone el ataque más directo, radical e irreversible al posible valor de esa vida futura, como es directamente su supresión?

A mí, desde luego, me parece que en todo ello hay algo que repugna a la razón.

4.6. Tercera réplica de Manuel Atienza

Contesto a tu nueva andanada dialéctica de manera breve, pues no quiero repetir consideraciones que ya han sido introducidas en nuestro debate y que, por lo tanto, el lector que haya llegado hasta aquí ya conoce. Si te he entendido bien, tus (algunos nuevos, otros no) argumentos hacen referencia a estos cuatro aspectos: el valor de la autonomía; el sentido del Derecho penal; los valores “actuales” y “potenciales”; el concepto de persona moral.

En relación con el valor de la autonomía. Sigo pensando que cometes un error al considerar que atribuir un valor intrínseco a la autonomía implica la idea de que ésta no ha de tener límites. Lo que yo he defendido es que respetar la autonomía de las personas es intrínsecamente valioso, pero de ahí no se me ha ocurrido concluir que, por lo tanto, “cualquier conducta...esté amparada en todo caso por la protección constitucional de la autonomía de la persona”. Es obvio que no es así pero, por lo demás, el ejemplo que pones a propósito de las leyes fiscales lo interpretas, en mi opinión, mal. Si no hay “perfeccionismo moral intolerable” en el establecimiento de delitos fiscales no es por lo que tú pareces suponer, sino porque el propósito de imponer una sanción penal no es en ese supuesto (o no es centralmente) volver mejor a nadie, sino lograr un objetivo social que se estima valioso: obtener ingresos públicos con los que

Artículo

atender a determinadas necesidades sociales. Por eso, tu ejemplo no tiene nada que ver con lo que estábamos discutiendo: la justificación (perfeccionismo moral) o no de castigar penalmente conductas con el único o fundamental propósito de hacer moralmente mejores a los individuos.

Esto me permite contestar a tu segundo argumento. Lo que justifica la adopción de una medida penal no puede ser "la educación de la sociedad y en especial de los jóvenes en la convicción de que todo ser humano con independencia de su sexo y de su posición en una relación de pareja merece siempre el máximo respeto". Si así fuera (y, lamentablemente, así es en algunas ocasiones –cada vez más frecuentes–) lo que tendríamos (y, en parte, tenemos) no es un Derecho penal mínimo (el único moralmente justificable) sino un Derecho penal máximo.

Lo que consideras como "nuevo" argumento es, me parece, lo que yo había combatido en mi artículo inicial: pensar que el ser en potencia es lo mismo que el ser en acto. Obviamente, no es así, y de ahí que la última ocurrencia de los obispos comparando a un lince con un recién nacido nos parezca a muchos (quizás también a ti) una grosera manipulación: un embrión o un feto no es un recién nacido, como una bellota no es una encina. Tú planteas el caso de una mujer embarazada de cuatro semanas y que decide caprichosamente empezar a fumar. A ti te parece que se produce una "aporía moral y racional" porque una conducta que, abstractamente considerada, sería moralmente indiferente, se convierte en mala cuando se piensa en las repercusiones negativas que puede tener sobre la salud de su futuro hijo. Pero no hay, en mi opinión, ninguna aporía ni moral ni racional. Lo único que muestra el ejemplo es algo bastante obvio: que el enjuiciamiento moral (o jurídico o racional) de las acciones no puede efectuarse haciendo abstracción del contexto y que ese contexto incluye, en ocasiones, las consecuencias futuras de las acciones. En eso se basa, por ejemplo, la obligación de cuidar el medio; nuestras obligaciones son –por lo menos, en

buena medida– en relación con las generaciones futuras, esto es, en relación con individuos que hoy por hoy no existen. Pero esto no tiene nada que ver con lo que veníamos discutiendo. O sea, si la mujer del ejemplo piensa tener el niño y, sin embargo, decide caprichosamente empezar a fumar a las cuatro semanas de embarazo (y esa conducta supone riesgos para la salud del futuro niño, como es el caso), entonces su comportamiento es contrario a la moral y a la razón (aunque, por cierto, no por ello crea que deba imponérsele alguna sanción penal o administrativa). Y, naturalmente, las cosas cambian (el juicio, desde el punto de vista moral y racional es distinto) si no piensa seguir adelante con el embarazo. Lo mismo pasa con los derechos de las generaciones futuras. Si tuviéramos la certeza de que se va a producir un cataclismo, de manera que la vida en el planeta se acabará –pongamos– en el 2012, entonces no tendría ningún sentido que nos preocupáramos y tomáramos medidas para evitar el calentamiento global y sus consecuencias en las próximas décadas. E igualmente –pongámonos optimistas–, tampoco tendría sentido tomar ninguna medida si tuviéramos razones sólidas para pensar que lo del calentamiento global es una opinión carente de todo fundamento. En definitiva: naturalmente que las consecuencias potenciales (y racionalmente previsibles) de nuestras acciones son relevantes para el juicio moral. Por eso, también es relevante saber que esas consecuencias (si se dan ciertas condiciones) no se van a producir. Y en ocasiones es racional y está justificado actuar para que esas consecuencias no se produzcan.

Finalmente, tienes razón en que nuestra diferencia fundamental en todo esto es que "yo [o sea, tu] veo humanidad en el feto y tú [yo] –al menos para el de menos de tres meses– no". Simplemente añadido que si bien, efectivamente, nunca has apelado a ningún argumento de tipo religioso, yo no consigo ver de qué manera se puede asumir ese juicio si no es basándose en razones religiosas. Pero eso podría ser el tema para otro debate.