NOTAS

DERECHO Y ABORTO

Rodolfo Vázquez*

En el debate abierto en torno al problema del aborto, debate recurrente que pone siempre a prueba la madurez de una sociedad con respecto a su capacidad de reflexión—crítica y desapasionada— conviene traer a cuenta algunas ideas en el marco de un análisis ético-jurídico.

La premisa general que proponemos como punto de partida se puede enunciar como sigue: toda vida humana, desde el momento de la concepción, es inviolable y constituye un valor intrínseco para el individuo y para la comunidad de la cual éste forma parte. Aceptada esta premisa cabe hacer, sin embargo, un par de consideraciones que atenúen su fecundidad normativa.

En primer lugar, hay que tomar en cuenta que en el ámbito de la actividad humana, la validez de la premisa queda sujeta al *juicio preferencial* ante *conflicto de valores* (en nuestro caso, los derechos de la mujer y los del feto) que se presentan en la realidad, en muchas

ocasiones, bajo *situaciones límite*.¹ Por lo tanto, sin desmerecer los valores de una ética con pretensiones universalistas que responda a las exigencias inherentes de la naturaleza humana, es necesario confrontarla con las exigencias de una realidad conflictiva y dinámica. Sacralizar el orden natural—por lo general reducido al biológico—o postular ideales ajenos a las demandas de las comunidades históricas y culturalmente situadas, conduce, sin remedio, a posiciones dogmáticas incompatibles con los valores de cualquier sociedad medianamente libre y plural.

En segundo lugar, la premisa general no da cuenta de los conflictos que se suscitan entre la conciencia personal y los reclamos de la sociedad o, planteado en un contexto más general, entre la moral y el derecho. Si nos situamos en el punto de vista jurídico, no cabe duda de que la justicia de cualquier sistema legal se mide princi-

83

* División Académica de Estudios Generales e Internacionales, ITAM.

¹ Véase Marciano Vidal, *Moral de actitudes*, 1985, Madrid, P.S. Edit, pp. 239-240-

NOTAS

84

palmente por la cercanía o alejamiento con respecto al bienestar general de la comunidad, mientras que la moral se mide, principalmente, por los dictámenes de la conciencia particular. De esta manera, ante una realidad conflictiva que atente contra el bienestar de la comunidad en su conjunto o en un sector de ella, se puede presentar la necesidad de crear e instrumentar un conjunto de normas jurídicas, que lejos de prohibir u ordenar determinados comportamientos, los toleren, directamente, a través de normas permisivas o, indirectamente, como sucede en el ámbito penal, destipificando o despenalizando. De otra parte, si nos situamos en la perspectiva de la moral, puede suceder y sucede que a través de normas permisivas o casos de despenalización se contradigan convicciones personales profundas tanto éticas como religiosas.

Así planteadas las cosas es claro que el problema no radica en una posible miopía con respecto a la necesidad de atender, por una parte, los reclamos de la sociedad a través de disposiciones legales y, por otra, al respeto a las convicciones morales y religiosas de los individuos que se vean afectados por tales disposiciones. La dificultad aparece cuando se intenta conciliar ambas demandas justificadas. Desde nuestro punto de vista, si se quieren evitar los extremos de un despotismo o de un vacío legal y hacer viable el proyecto de una sociedad pluralista, el *derecho a la objeción de con-*

ciencia, debe ser un valor no sólo sobrentendido sino incluso aceptado explícitamente en la ley, como expresión de la dignidad y autonomía personales. Con palabras de Elizari y refiriéndose concretamente al problema del aborto:

Quando surge un conflicto entre las propias convicciones más profundas y una determinada ley, en nuestro caso, la del aborto, el objeto da prioridad a la conciencia personal. Es un reconocimiento explícito de que en la fidelidad a la propia conciencia radica la dignidad más profunda del ser humano. Por otro lado, expresa una relativización de las leyes y poderes humanos a los que nunca han de convertirse en un ídolo ante el que rendirse incondicionalmente.²

Creemos que la ley, en tales situaciones conflictivas, no intenta prejuzgar la moralidad de un comportamiento sino que, de acuerdo a la demanda generalizada de la comunidad, busca evitar un mal mayor. Por otra parte, hay que insistir en la idea de que *despenalizar no es legalizar*, pues la falta de sanción penal no es lo mismo que apoyo legal a un determinado comportamiento.

De todo lo anterior, queda claro que si no existiera conflicto de valores

² Francisco Javier Elizari, *El aborto ya es legal*, 1985, Madrid, P.S. Edit., p. 42.

NOTAS

entre la vida del feto y los derechos de la mujer no tendría sentido plantearse el aborto como problema. La ley debería limitarse a sancionarlo genéricamente. Pero, dado el conflicto, lo que se debe intentar es armonizar unos y otros derechos evitando cualquier extremo, porque resulta tan dogmática la postura que no reconoce los derechos de la mujer como la que, afirmándolos, no reconoce la autonomía del feto, minimizando incluso, los datos de la ciencia genética y biológica. Justificar el aborto alegando un derecho de la mujer a disponer libremente del cuerpo resulta, a nuestro juicio, una postura infundada.

Para el análisis de los casos de despenalización que propendremos a continuación, tomaremos como punto de referencia y confrontación un ensayo de Sergio García Ramírez,³ muy iluminador y oportuno para el tema que nos ocupa. Los casos de despenalización serían los siguientes:

I. Cuando sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud físico-psíquica de la mujer embarazada.

II. Cuando el embarazo sea resul-

tado de un delito del que la mujer haya sido víctima y el aborto se practique durante los 90 días siguientes a la concepción.

III. Cuando el embarazo se hubiese producido en condiciones que excluyan la posibilidad de conocimiento o consentimiento de la madre y del padre, en su caso, acerca del hecho mismo de la fecundación y se practique durante los 90 días siguientes a la concepción.

IV. Cuando se practique con el consentimiento de la madre y del padre, en su caso, durante los 90 días siguientes a la concepción, y exista razón suficiente a juicio de dos médicos especialistas, para suponer que el feto sufre alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar por resultado el nacimiento de un ser con trastornos físico-psíquicos graves, irreversibles e imposibles de compensar.

V. Cuando se practique con el consentimiento de la madre y del padre, en su caso, durante los 90 días siguientes a la concepción, y obedezcan a causas socio-económicas graves y justificadas, siempre que la mujer embarazada tenga ya cuando menos dos hijos.

La fracción primera hace referencia al aborto terapéutico que supone el conflicto entre dos bienes, la

³ Sergio García Ramírez, *Cuestiones criminales y penales contemporáneas*, 1984, México, Cuadernos del INACIPE 6, (1a. reimpr.), pp. 93-136. Remitimos al lector a este trabajo para que compare las modificaciones, añadidos o eliminaciones que se hacen al texto que propone el autor.

NOTAS

vida del feto y la vida de la madre. Con García Ramírez pensamos que:

En interés de la prole, en bien de la pareja y provecho de la vida ya desarrollada, por contraste con la incipiente y elemental, se preserva ante todo a la madre, lo que no implica, obviamente, que *deba* resolverse de esta suerte la antinomia; sino que *puede* ser éste su desenlace, sin consecuencia penal.

En la fracción segunda, el conflicto se presenta entre la vida del feto y el derecho de la mujer a la libre procreación, que permite cancelar las consecuencias de una fecundación no querida, además de que lesiona gravemente su derecho a la integridad física y moral y su derecho al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal. García Ramírez, con mucho acierto, prefiere hablar de un "delito del que la mujer haya sido víctima", para incluir, además de la violación, el estupro. Por otra parte, nos ha parecido prudente fijar un período para la práctica del aborto que no exceda los 90 días. Por un lado, es el plazo que presenta menos riesgos para la mujer; por otro, es el tiempo en el que concluye el período embrionario con la aparición gradual de los órganos y el registro de cierta actividad cerebral, condiciones biológicas necesarias para que podamos hablar estrictamente de una persona. Hemos dicho ya que la vida humana del embrión se encuen-

tra asegurada por hechos biológicos que lo hacen un ser individual perteneciente a la especie humana. Sin embargo, *la personalización del embrión no es inmediata*, desde el instante mismo de la fecundación, sino mediata, cuando el embrión ha alcanzado un desarrollo orgánico adecuado.

La fracción tercera, como reconoce el mismo García Ramírez, es una novedad, y una novedad muy afortunada, pues toma en consideración los métodos artificiales de procreación: inseminación artificial (IA) y fecundación in vitro y traslado de embrión (FIV-TE). Con las diferencias obvias con respecto a la violación, al igual que ésta, se trata de una lesión grave a la dignidad de la mujer y al derecho a la procreación libre y consciente.

En la fracción cuarta el conflicto se presenta entre el derecho a la vida del feto y el derecho a un desarrollo normal de sus capacidades físico-psíquicas que "le confieran sentido a su existencia, más el interés social a la integración sana de la comunidad". Tanscurrido el término, pensamos que en aquellos casos cuyos trastornos físico-psíquicos sean graves, irreversibles e imposibles de compensar, la pena debe atenuarse.

La fracción quinta "exceptúa la pena a los padres que realicen el feticidio movidos por la situación de miseria en que se encuentran y por la imposibilidad práctica de soportar la carga de nuevos hijos". El período se extiende

NOTAS

hasta los 90 días sin atenuación posterior de la pena. Pensamos que cumplido el proceso de personalización, los derechos de la persona y ésta misma no pueden subordinarse, en un contexto utilitario, al bienestar de la familia o de la comunidad.

Para terminar, nos parece injustificado desde cualquier punto de vista, el llamado *aborto por solicitud*. En este caso no se contempla ningún bien o algún motivo que deba tomarse en consideración salvo el deseo de la mujer para realizarlo. Los deseos o las preferencias, por sí mismos, no constituyen razones suficientes para sacrificar un bien real como es la vida humana del feto.