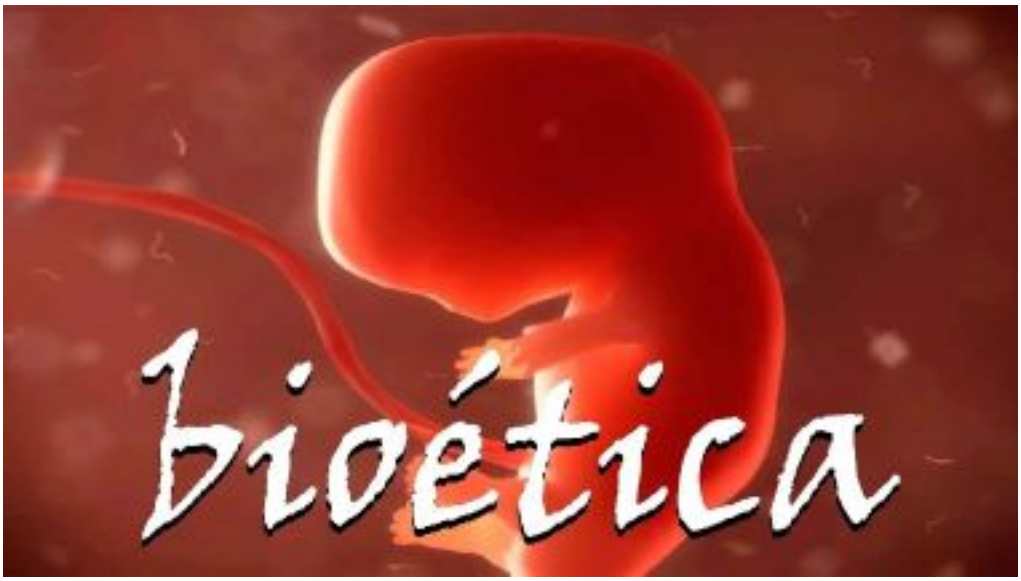


### 3. Aborto y estado de necesidad

En realidad, si dejamos a un lado la discusión en torno a la personalidad del feto, antiabortistas y defensores de la legalización del aborto podrían encontrar un punto de partida común en torno a su común preocupación y demanda de protección de la vida. Evitaríamos así la virulencia de la discusión, las graves imputaciones que tienden a equiparar a los defensores del aborto legal con una especie de teóricos del sadismo [20] y a los detractores con peligrosos fundamentalistas desalmados defensores de los óvulos fecundados por encima de la suerte de las mujeres. Ciertamente el reconocimiento del necesario respeto y protección de la vida humana, incluso antes del nacimiento, no constituye una premisa suficiente para que de ella podamos extraer una única conclusión. La discusión adquiere así una mayor complejidad y se nutre de múltiples matices.

Dice el teólogo español J.L. González Faus que “el feto todavía no es una persona humana en sentido pleno, como tampoco lo son el bebé recién nacido o incluso el niño antes del uso de razón” [21], pero esta constatación no le impide presentarnos el aborto como una lacra social o como una expresión de deshumanización moral. Desde luego las posiciones de González Faus se mantienen en la antípodas de las tesis extremadamente radicales de algunos defensores de los derechos de los animales como M. Tooley o Peter Singer. Para Tooley, por ejemplo, “un organismo tiene serio derecho a la vida sólo si posee la idea del ‘yo’ como sujeto continuo de experiencias y otros estados mentales, y cree que es en sí mismo una entidad continua” [22]. Un recién nacido no posee ciertamente esa auto-reflexividad, no tiene derecho a la vida y por lo tanto el aborto y el infanticidio pueden considerarse acciones permisibles o, lo es que más, acciones moralmente aceptables [23]. En cambio, el sacrificio de determinados animales que si tienen conciencia de su propia existencia sería moralmente inaceptable o en palabras de Tooley el asesinato de personas inocentes [24].

No creo que sea necesario detenerse demasiado en esta última argumentación, bastaría decir que, con independencia de que el feto no tenga autoconciencia o lo que Tooley denomina el concepto de ‘yo’ continuo, es más que dudoso que esa situación le equipare a un animal o, mirando el argumento por el otro lado, no creo,


Phoca PDF

tampoco, que sea moralmente admisible la acción indiscriminada de matar animales con la única justificación de su falta de reflexividad.

Pero, como apuntaba, la afirmación de que el feto no es todavía una persona sólo excepcionalmente conduce a este tipo de planteamientos. Más habitual y a la vez más razonable parece considerar al feto si bien no como una persona, sí como un principio de vida o, como se ha sostenido, un "viviente humano" en la medida en que su vida está programada para ser humana [25]. Desde este punto de partida es posible construir una visión del aborto más compleja, que oriente las normas jurídicas no hacia el absurdo de equiparar el aborto a un asesinato sino a su valoración en relación a contextos y circunstancias. Este es el marco o el punto de partida presumiblemente de algunas normativas europeas que partiendo de la inmoralidad general del aborto consideran, que en situaciones límite, el derecho no debería perseguir ni condenar algunos supuestos concretos.

Dicho de otra manera, el aborto voluntario sin más sería una acción inmoral que no podría dejar de aparecer en el código penal. Un ordenamiento jurídico, sin embargo, no puede exigir a las mujeres un comportamiento heroico. En algunas situaciones límite la acción de abortar no sería condenable: allí donde las condiciones psicológicas o socioeconómicas de las mujeres sean realmente penosas o donde tener un hijo sea una carga objetivamente insoportable.

Esté fue sin duda el argumento más usado en muchos países en los años sesenta y setenta (ochenta en España) cuando se debatían leyes sobre el aborto y estás figuraban como uno de los elementos estelares en los programas electorales de los distintos partidos. También ha sido el argumento de humanidad de grandes sectores de católicos progresistas que, separándose de la postura oficial de la Iglesia, veían en muchas mujeres la representación de un sujeto débil al que la sociedad colocaba en situaciones de gran dificultad, de grave marginación. Un sujeto, cuya precaria situación, no merece un tratamiento penal [26].

Una argumentación de este tipo puede traducirse en términos jurídicos en una normativa que valora caso por caso. Ciertamente lo típico de las situaciones-límite es que no pueden universalizarse. Ante ellas, como se ha sostenido, "abogamos simplemente por el respeto…" [27]. El estado de necesidad se articula jurídicamente como una eximente de la responsabilidad que sólo se aprecia tras un juicio contradictorio. De este modo, si hay que valorar caso por caso y lo debe hacer un juez, tendríamos que someter a las mujeres (que presuntamente han abortado en una situación-límite) a un juicio y, si se apreciará estado de necesidad, el fallo de la sentencia sería la absolución. Este tipo de tratamiento jurídico me parece ciertamente cruel, humillante más aún en relación a mujeres que se encuentran en una difícil situación. Con independencia de lo denigrante que puede resultar para una mujer explicar su situación de necesidad ante un "tribunal", si tenemos en cuenta la lentitud de la justicia y lo que significa de burocratización de una situación angustiosa, se trataría de una especie de tortura infligida justamente a aquellas mujeres cuya decisión dramática deberíamos "simplemente respetar". Por ello, muchas normativas partiendo de la voluntad de no condenar el aborto cuando nos encontramos ante una situación especialmente gravosa para la mujer, articulan el estado de necesidad a través de una normativa que recoge aquellas situaciones en las que se considera lícito el aborto y por lo tanto tienen el amparo de la legalidad. La legislación española actual parece basada en esa idea [28]. Así, en el marco de una prohibición general del aborto, cuando un embarazo ha sido producido por una violación, cuando la salud física o psíquica de la mujer peligra si continua con la gestación o cuando el feto presenta graves malformaciones se permite el aborto en consideración a la difícil situación que las mujeres afrontan.



Phoca PDF

Se establecen así unos supuestos en los que se presume que la mujer embarazada tendrá graves dificultades en proseguir con la gestación. Se presume, por ejemplo, que a una mujer violada no se le puede reclamar obligaciones morales o jurídicas, no se la puede perseguir penalmente, se trata, se nos dice, de reconocer una situación que nadie falto de compasión podría condenar. De manera que el Estado de necesidad como eximente de la responsabilidad que se sustancia tras un proceso penal o como inspiración de leyes despenalizadoras de algunos supuestos de aborto, es el resultado de una valoración cuyo presupuesto es que existen unas condiciones suficientes para traer un hijo al mundo (cuando concurren no sería legitimo el aborto y no debería ser legal) y unas condiciones objetivas en que resulta evidente que la gestación y la maternidad resultarían una carga insuperable y aquí se deja a la mujer decidir. Creo que en cualquier caso el argumento del estado de necesidad parte de una mala compresión de lo que significa la gestación y la maternidad.

El embarazo puede ser querido, fruto de una decisión programada con antelación o por el contrario de una situación sobrevenida con la que no se había contado y que, sin embargo, se acepta o incluso se sobrelleva con resignación. Algunas mujeres están embarazadas y desean que la gestación siga adelante, otras se pliegan a una situación no deseada pero para la que no cabe a sus ojos realizar ninguna oposición. Tanto en un caso como en el otro el deseo, la aceptación o la resignación ante el embarazo responde a una decisión en gran parte subjetiva que difícilmente se puede juzgar desde fuera, y que no tiene que ver necesariamente con condiciones de estabilidad socioeconómica o con la razón por la que se ha producido el embarazo. Lo que para cualquiera de nosotros pueden ser condiciones adversas para tener un niño, para una mujer concreta puede ser el momento ideal, una posibilidad a aprovechar o una obligación moral de la que no se quiere sustraer. Son muchas las mujeres solas o de edad avanzada que deciden hacer frente a la maternidad y es una situación habitual en todos los tiempos la maternidad con escasos recursos económicos. La valoración del estado de necesidad exige, como apuntaba, condiciones de posibilidad e imposibilidad de la gestación objetivas y me temo que estas necesariamente terminan reducidas a condiciones económicas. Si una mujer está sola pero tiene dinero ¿por qué no podría sobrellevar una gestación? ¿por qué no podría hacerlo si es mayor pero tiene dinero? y ¿por qué debería abortar si está desequilibrada pero su familia tiene dinero? ¿y si el feto presenta graves malformaciones pero la gestante goza de una desahogada situación económica?

En este sentido, creo, pueden entenderse las palabras de González Faus cuando afirma que “no se puede hablar de aborto en general, sino que es preciso hablar del aborto de los ricos y aborto de los pobres. Pues el aborto de los ricos es siempre inhumano, pero el aborto de los pobres puede que no sea más que infra-humano” [29].

No creo que el deseo de ser madre, o la simple voluntad de dejarse llevar por una situación no deseada, no buscada, se pueda valorar económicamente. Entre otras cosas porque es un deseo o una decisión en cierta medida irracional, si tuviéramos que valorar los riegos que correrá nuestra salud, los sufrimientos y sacrificios que nos puede exigir la maternidad, el dinero que tendremos que gastar, la cantidad de niños que hay en el mundo sin padres o incluso la superpoblación mundial, tal vez sería más razonable desistir en nuestra pretensión. Y sin embargo sobre ese deseo, sobre ese dejarse llevar, se perpetúa la humanidad y se explica nuestra presencia en el mundo. Atribuimos ignorancia a cualquier mujer pobre (mayor, sola, con varios hijos pequeños…) que de nuevo queda embarazada y consideramos fría, calculadora, incluso delincuente, la mujer que sin problemas económicos desee abortar. Reducimos así la maternidad a cálculo económico en una sociedad como la nuestra en la que se pretende que todo tenga un precio, también los más íntimos deseos, los sentimientos, la fuerza interior que permite a las mujeres ver como se transforma su cuerpo, como cambian para el mundo, como se convierten en



Phoca PDF

madres. Considero entonces que no es posible valorar la capacidad para afrontar un embarazo o la maternidad desde fuera, como quien juzga las condiciones ideales para realizar una actividad deportiva, o para afrontar un gran gasto. Resulta muy difícil juzgar sentimientos o deseos, tampoco parece que el derecho los pueda imponer. Si consideramos que hay situaciones en las que no se puede condenar a una mujer por abortar, antes que intentar tipificarlas deberíamos permitir a las mujeres expresar su decisión en la medida en que son ellas las que se encuentran en la mejor posición para valorar su presente y su futuro como madres. La violación, por ejemplo, nos recuerda Dworkin, "supone un desprecio repugnante y absoluto, pues reduce a una mujer a mero objeto físico, a ser una criatura cuya importancia se agota en su uso genital, alguien cuyo amor propio y sentido de sí mismo –aspectos de la personalidad que están particularmente en juego en el sexo– no tienen significación alguna excepto como vehículos de degradación sádica" [30]. Obligar a una mujer a tener un niño concebido tras una violación [31] sería "especialmente destructivo de su realización personal, porque frustra sus decisiones creativas no sólo en el sexo, sino también en la reproducción" [32]. En este sentido, socialmente parece justificable que una mujer violada quiera abortar, incluso es probable que una mujer en esa situación reciba presiones de su entorno, de su pareja o de su familia, para que "solucione" cuanto antes su situación. Pero incluso en un caso tan terrible como el de una violación lo que para la sociedad sería comprensible y aceptable para una mujer concreta podría ser inaceptable. Una mujer cuyo embarazo es el fruto de una violación podría asumir la maternidad sin la terrible angustia que otra mujer embarazada tras una relación sexual querida podría sentir.

## 4. Sacralidad de la vida y libertad de las mujeres

La especial relación que se establece entre el feto y la madre es una relación única, un proceso que implica todo el equilibrio psíquico-físico de la mujer. El embarazo supone una manera diferente de estar en el mundo y a la vez una manera diferente de ser percibida por los demás. La naturaleza ha dado a las mujeres la capacidad de procrear y una larga tradición de sexismo, transversal a todas las culturas, las ha consagrado como principales encargadas del cuidado de los niños. Las mujeres, a menudo solas, hacen posible que los niños lleguen a la edad adulta tanto en los países pobres como en los países del primer mundo. Que el costoso proceso del crecimiento de los niños descanse sobre los hombros de las mujeres es un dato de sobra conocido y, sin embargo, pocos son los países que pueden ofrecer un sistema de sostén adecuado para este tradicional trabajo femenino. Frecuentemente el nacimiento y cuidado de los hijos es un tarea que desarrollan las mujeres contra la adversidad tanto en el primer como en el tercer mundo.

La prohibición del aborto conlleva así la imposición de una obligación; la de ser madre o al menos la de ser gestante. Ciertamente, algunos opinan que se trata de una obligación menor y, en todo caso, pasajera si el nacido es dado en adopción. Se trata de valoraciones sobre la procreación que niegan la realidad compleja del embarazo y del parto, que consideran a la mujeres como máquinas incubadoras o, como apuntaba antes, meros contenedores. Ignoran o no tienen en cuenta que el embarazo y parto son situaciones que difícilmente se afrontan sin una inversión de sentimientos y que, en algunos casos, puede ser más traumático dar a un hijo en adopción que la realización de un aborto.

Una regulación jurídica del aborto debe dar cuenta de la especial situación de las mujeres en relación a su capacidad generativa, y combinar el legítimo interés de protección de la vida en cada una de sus manifestaciones con el respeto a la autonomía de la mujeres y la tutela de la salud de las mismas.



Phoca PDF

Y aquí es donde la clásica reivindicación de las feministas resumida en el eslogan “mi cuerpo es mío” puede ser entendida. Primero como la negación del sometimiento del cuerpo femenino a decisiones heterónomas o que se justifican en intereses ajenos a la propia mujer. El cuerpo de las mujeres no pertenece a la sociedad. No es la sociedad quien a través de comités éticos, jurídicos o médicos puede imponer a una mujer la gestación y la maternidad. Sería como nos recuerda Ferrajoli “la lesión del segundo imperativo kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento —aunque sea de procreación— para fines no propios, sino sólo como fin en sí misma” [33]. Pero en segundo lugar, la reivindicación del propio cuerpo frente a injerencias externas constituye un llamamiento a la responsabilidad. El cuerpo no nos pertenece como una propiedad que se pueda alienar sino que ciertamente tiene sus hipotecas sociales. La capacidad de generar implica una gran responsabilidad, en principio, frente al embrión o feto y frente a una misma, pero también frente al varón, a la familia, a la sociedad o incluso frente a la especie humana [34].

Pero considerar que es el Estado quien debe regular la capacidad de generar de las mujeres a través de un tratamiento punitivo o de un sistema de permisos, no es más, como sostiene Tamar Picht, que la expresión del pertinaz desconocimiento del estatuto de sujetos plenamente morales de las mujeres a las que no se les puede confiar la tutela de la “vida” [35]. Es necesario o bien prohibir a las mujeres abortar, o bien obligarlas a justificar su decisión para obtener un permiso si cabe. Se trata a las mujeres como menores de edad, como personas necesitadas de tutela o, lo que es peor, como sujetos con temibles intenciones de las que se deben proteger a los niños e incluso a ellas mismas.

Como es sabido, en el marco de los Estados modernos, el reconocimiento de la autonomía de la persona implica la afirmación del valor intrínseco de la libre elección individual de planes de vida o de la adopción de ideales de excelencia humana. “El Estado (y los demás individuos) no deben interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución” [36]. Negar a las mujeres la autodeterminación en materia de procreación significa negarles el carácter de sujetos autónomos, puesto que pocas cosas como la gestación y la maternidad determinan tanto el proyecto o plan de vida de una mujer. De modo que el reconocimiento histórico de las distintas generaciones de derechos se detendría para las mujeres en los derechos de la primera generación, aquellos llamados de libertad o de autonomía, cada vez que no se tiene en cuenta su voluntad en relación a la maternidad [37].

¿Pero cómo afirmar la autonomía de la mujeres, tutelar su derecho a la salud y no desatender la protección de la vida como algo valioso en si mismo? o dicho de otro modo ¿qué tratamiento jurídico obtendríamos de esa triple preocupación?

En realidad, la reivindicación de autonomía, de libertad o del derecho a la privacidad como marco jurídico que ofrezca amparo a la autodeterminación de las mujeres en materia procreativa, plantea muchos problemas en el seno del pensamiento feminista.

Concretamente en EEUU, donde la legalidad del aborto se fundamenta en el derecho a la privacy, algunas notables feministas como Catharine MacKinnon renuevan su denuncia al Derecho como instrumento de opresión de las mujeres. El aborto amparado por la privacy queda abandonado, a los ojos de la jurista norteamericana, a la



Phoca PDF

clásica distinción entre público y privado. Mientras lo público es el terreno por excelencia del derecho y el ámbito del varón, las mujeres ocupan el espacio privado donde reina la desigualdad y donde es posible la violencia sin la protección del derecho. Incluir el aborto en el terreno de la privacy significa, por otra parte, interpretarlo como un hecho privado que el Estado respeta pero no configura como una prestación debida. La decisión del aborto compete así solo a la mujer en una situación de desigualdad real y, por tanto, sin que se pueda exigir cobertura de la sanidad pública. Dicho en otras palabras, todo aquello que la privacy garantiza, la libertad en la propia intimidad, la integridad física, la libertad moral en las elecciones, no constituye la condición jurídica y social de las mujeres, al contrario la intimidad nos da la medida de su opresión. Puesto que es en la esfera privada donde las mujeres están especialmente subordinadas a los hombres a través de estructuras políticas, algunas feministas afirman que lo privado es público y lo personal es político. La no intervención del Estado en ese falsamente supuesto ámbito de libertad de las mujeres que es la esfera privada se concretaría en la penalización de las mismas o en su desamparo [38].

En este sentido, una parte del pensamiento feminista demanda una defensa del aborto no en términos de libertad sino de igualdad entre los sexos [39]. Los hombres no pueden quedarse embarazados en contra de su voluntad, ni pueden ser obligados a una gestación indeseada. Nos encontramos, entonces, ante el rechazo a construir el aborto tomando como referencia un sujeto asexuado y abstracto como si para abortar no fuera necesario ser mujer. Por otra parte de nuevo se nos recuerda (en modo similar a como se usa el argumento del estado de necesidad) que las mujeres no parten de una situación igual a la de los varones y que no se puede olvidar las dificultades sociales que encuentran a la hora de afrontar una maternidad, a la hora de acogerse a categorías jurídicas pensadas para el varón bajo el disfraz del sujeto abstracto.

El recurso a la privacy o a la autonomía de la voluntad como fundamento del derecho al aborto también conduce, se nos dice, al terreno poco propicio del “lenguaje de los derechos”. Si la acción de abortar se incluye en el derecho a la autodeterminación puede resultar ponderada o limitada legítimamente por otros derechos (el del narciturus o el del padre) o por el interés del Estado en la protección de la vida.

Ciertamente estamos ante discusiones que tienen como trasfondo el debate feminista contemporáneo, la añosa cuestión de la liberación de la mujer a través de la afirmación de su diferencia o de la proclamación de su igualdad. Y obviamente también ante la discusión en torno a la posibilidad de utilizar el derecho, tradicionalmente instrumento de pervivencia del patriarcado, ahora a favor de las mujeres. No puedo, ni pretendo en este artículo abordar profundamente estos problemas. Me mantengo no obstante en la idea de que el derecho es uno de los más contundentes instrumentos de cambio social y de que muchas de las discriminaciones que padecen las mujeres tienen que ver con su exclusión persistente y constante de la consideración de sujetos autónomos, mayores de edad o titulares de una plena ciudadanía.

Cuando se insiste en que de hecho la autonomía de las mujeres está seriamente menguada especialmente en el ámbito privado se olvida que la debida transformación de las circunstancias sociales, como ya indiqué en el epígrafe anterior, no terminaría por sí misma con la cuestión del aborto. En un mundo igual entre varones y mujeres donde la carga del cuidado de los niños no recayera sólo sobre estas últimas, se mantendrían las valoraciones personales de cada mujer, y hasta cierto punto subjetivas, sobre sus proyectos de vida, su capacidad para generar y tener hijos, su deseo o aceptación de la maternidad. Se mantendría, sobre todo, el hecho de que no existe desarrollo vital ni ser humano, sin la madre y tampoco fuera de la relación con la misma. De modo que el



Phoca PDF

elemento de la libertad a la hora de configurar el aborto como una prestación que el Estado debe garantizar a las mujeres resulta del todo inevitable. Una libertad (o un derecho a la privacy al servicio de la libertad) que tiene una importante dimensión jurídica y que encuentra en el derecho el mecanismo más eficaz de protección.

En palabras de Dworkin “A veces la privacidad es territorial: las personas tienen derecho a la privacidad en el sentido territorial cuando les es lícito hacer lo que quieran en un espacio determinado, dentro de su propia casa, por ejemplo. A veces la privacidad alude a la confidencialidad: decimos que las personas pueden mantener sus convicciones políticas en privado, lo que significa que no tienen por qué revelar qué han votado. En ocasiones, sin embargo, la privacidad connota algo distinto de cualquiera de estos dos sentidos: significa soberanía en la toma de decisiones personales” [40]. En este último sentido incluir el aborto en la privacy o en el ámbito de libertad de las mujeres significa afirmar la soberanía de éstas sobre su propio cuerpo, por ejemplo, afirmar el derecho de la mujer a no ser violada o forzada sexualmente. Inviolabilidad del cuerpo y ámbito de decisión personal o dicho en otras palabras reconocimiento de la mujer como sujeto moral y jurídico.

Efectivamente, la autonomía de las mujeres se afirma así haciendo uso del “lenguaje de los derechos” y entra en el ámbito de lo ponderable pero de ahí no puede más que salir reforzada puesto que afirmar la autonomía conlleva la inmunidad del propio cuerpo frente a constricciones, la autodeterminación reproductiva y el reconocimiento, como apenas he apuntado, de la capacidad para tomar decisiones sobre la propia vida.

Una activa protección de la vida no tiene porque menguar la defensa de la libertad de las mujeres. Creo que en un Estado social, como se presentan todavía (véanse los textos constitucionales) tantas democracias contemporáneas, el derecho no tiene un fin meramente represivo ni siquiera prima facie. Una preocupación sincera por la vida, en cualquiera de sus manifestaciones, o por la infancia, antes que concretarse en limitaciones de los derechos de las mujeres, debería, para ser eficaz, traducirse en medidas educativas, de promoción y asistencia social. Un Estado o una sociedad preocupada por proteger la vida puede pretender legítimamente reducir el número de abortos y la vez permitir que las mujeres decidan sobre su presente y su futuro. En ese sentido, el derecho comparado nos indica cuáles son los sistemas donde se ha conseguido esta pretensión sin menguar los derechos de las mujeres. Sistemas, por ejemplo, como el holandés donde se combina una educación sexual temprana, que antes que banalizar las relaciones sexuales intenta desarrollar una actitud responsable frente a las mismas, con un adecuado sostén socioeconómico de las madres, con una protección de los derechos de la infancia y en definitiva, con una ley que establece un plazo dentro del cual es lícito abortar respetando la decisión de la mujer y reconduciendo los abortos a un periodo de tiempo donde el feto claramente no es viable fuera del útero materno.

Abortar no puede ser nacer y por lo tanto tampoco parece admisible una desregulación de la interrupción del embarazo en que no se diferencie entre las edades del feto en relación a su viabilidad. Reconducir los posibles abortos a un periodo inicial del embarazo es una exigencia derivada de la tutela de la vida y también de la tutela de la salud de las mujeres. Así, una normativa no penal debe permitir el aborto, sin necesidad de causa justificativa, en un periodo anterior a cualquier mínima posibilidad de viabilidad y debe exigir una seria justificación si estamos ante un feto viable. Si podemos extraer del reconocimiento de las mujeres como sujetos autónomos su derecho al aborto no podemos, sin embargo, afirmar en ningún caso que las mujeres tengan derecho a matar al nacido.



Phoca PDF

Ciertamente el límite de la viabilidad o de la capacidad de vida autónoma es siempre una cuestión discutible y sobre todo variable a medida que se producen avances médicos y se aplican a los mismos las nuevas tecnologías. En un ámbito de relativa y variable indeterminación la ley debe evitar los abortos tardíos. Pero estoy de acuerdo con Tamar Picht cuando afirma que este problema será muy extraño allí donde pongamos a las mujeres en situación de decidir a tiempo [41].

Una ley que extraiga la regulación del aborto del código penal y que establezca un plazo en el que se garantice a la mujeres el aborto sin necesidad de hacer manifiesta una justificación material no se podría defender si partiéramos de la consideración del feto como persona, tampoco si creyéramos que las mujeres son incapaces de decidir su futuro, no sería legitima si afirmásemos que el deseo o la aceptación de la maternidad está vinculado a condiciones económicas o elementos objetivables. En definitiva, no cabe defender una ley así cuando preferimos vivir en un mundo donde se hacen leyes para no ser obedecidas y la determinación de las mujeres de gobernar su propia vida transcurre en ámbitos de ilegalidad.

**Cristina García Pascual, en corteidh.or.cr/**

Notas:

20 Sobre la construcción de la imagen de los defensores del aborto libre como sádicos, vid L. LOMBARDI VALLAURI, Terre, Vita e pensiero, Milan, 1989, pp. 43 y ss.

21 J. I. GONZALEZ FAUS, “El Derecho de Nacer”, cit., p.6.

22 M. TOOLEY, “Aborto e infanticidio”, en AA. VV., Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral, Debate, 1983, p.78.

23 “La preocupación menor es dónde hay que trazar el límite en el caso del infanticidio. No es problema, porque no hay seria necesidad de saber en qué punto exacto adquiere un niño el derecho a la vida; en la gran mayoría de los casos en los que desea el infanticidio, la cuestión es evidente poco después del nacimiento. Como es prácticamente seguro que un niño en esa etapa de su desarrollo no posee el concepto del ‘yo’ continuo, y por tanto no tiene un serio derecho a la vida, hay excelentes razones para creer que el infanticidio es moralmente permisible en la mayoría de los casos en que se desea. El problema moral práctico se puede manejar satisfactoriamente eligiendo algún periodo de tiempo, como una semana después del nacimiento, por ejemplo, como intervalo durante el que se permitirá el infanticidio…La preocupación seria es si los animales adultos pertenecientes a especies distintas de la humana no pueden tener también serio derecho a la vida”. (Ibid., pp.101 y 102).

24 Ibid., p. 102.

25 J. I. GONZALEZ FAUS, J. I, “El Derecho de Nacer…”, cit., p.6.

26 En parte la legislación española actual y la de otros países europeos responde a estas consideraciones. Se afirma la ilegalidad general del aborto con su penalización y se exceptúan tres supuestos concretos en los que sería legal la interrupción del embarazo. Es legal abortar para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada, cuando el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación, cuando se presuma que el feto habrá de nacer con grave taras físicas o psíquicas. (art. 417 bis CP).

27 J. I. GONZALEZ FAUS, “El Derecho de Nacer…”, cit, p.12.



Phoca PDF

28 La jurisprudencia del TC en materia de aborto también se apoya en la justificación del estado de necesidad en el que pueden encontrarse las mujeres para admitir la constitucionalidad de algunos supuestos de aborto voluntario. Dice el TC: “el legislador…puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos. Las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la Ley resultaría totalmente inadecuado –la sanción penal– para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible, pero que no lo es en ciertos supuestos concretos” (Sentencia 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 9º)

29 Ibid., p.11. En un sentido similar, el TC considera que la falta de prestaciones asistenciales para el cuidado de personas con enfermedades o discapacidades psíquicas o físicas hace que el aborto justificado por las graves taras físicas o psíquicas del el feto no deba ser penado. Sostiene el TC: “En efecto, en la medida en que se avance en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistencias que son inherentes al Estado social se contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización”. (Sent. 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 11º). Deberíamos imaginar que en un Estado que proporcionase la ayuda necesaria a las mujeres con niños discapacitados la reivindicación del aborto carecería de sentido.

30 Vid. R. DWORKIN, El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual, versión española de R. Caracciolo y V. Ferreres, Ariel, Barcelona, 1994, p.129.

31 No en vano durante el conflicto que tuvo lugar en la ex Yugoslavia una tortura a las mujeres musulmanas fue su confinamiento en “campos de violación” donde se las violaba repetidas veces y se las obligaba a tener hijos contra su voluntad. En el ámbito del derecho penal internacional se distingue como dos tipos diferente la violación del embarazo forzado y por otra parte se equipara este último a la esterilización forzosa (art. 7 Estatuto de Roma del Tribunal penal internacional). Si el embarazo forzoso es un tipo penal una especifica clase de tortura ¿cuál es la diferencia entre que venga impuesto por un particular o el Estado?

32 DWORKIN, R., Ibídem.

33 L. FERRAJOLI, Derechos y Garantías. La ley del más débil, Introducción de P. Andrés Ibáñez, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1990,p. 85.

34 PICHT, T. Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad, trad. cast. de C. García Pascual, Trotta, Madrid, 2003, p. 97.

35 Ibid., p. 99.

36 NINO, C.S., Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación, Ariel, Barcelona, 1989, p. 204-205.

37 Como se ha sostenido desde el pensamiento feminista “la autodeterminación femenina por lo que respecta a la procreación tendría, entonces, dos significados. Determinaría la plena individuación femenina, el acceso de las mujeres al estatuto de pleno individuo, a través del reconocimiento a las mujeres de un dominio sobre su propia potencia generativa y sería a la vez un principio de ética pública. Se reconoce a las mujeres la competencia moral para decidir en este ámbito”. T. PICHT, op cit., pp. 100-101.

38 Catharine Mackinnon analiza la famosa sentencia Roe vs. Wade (1973) donde la Corte Suprema americana establece que los Estados no pueden dictar normativas que prohíban el aborto en cuanto que constituirían una violación del derecho a la privacy.(Cfr. C. MACKINNON, Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law, Havard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, 1987, p. 93 y ss). Cabe recordar que Roe vs. Wade, como señala Ronald Dworkin, es, sin duda, el caso más famoso que ha tratado la Corte Suprema de Estados Unidos y que en las cuestiones constitucionales que suscita se encuentra el nudo gordiano del sistema constitucional americano. Para un análisis pormenorizado de la sentencia véase también R. DWORKIN, El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual, cit.,, cap. VI –V, pp. 136 y ss. Vid. También M. R. MARELLA,”Appunti sull’influenza di Marx nel feminismo giuridico”, SWIF, 2001.

39



Phoca PDF

Aunque apoyarse en la igualdad antes que en la libertad no deja de ser un recurso a un principio que en su génesis también estuvo vinculado al varón, blanco y propietario.

40 R. DWORKIN, El dominio de la vida, cit., p.73.

41 "¿O es que alguna mujer puesta en condiciones de decidir a tiempo afrontaría un aborto tardío, o sea, un auténtico parto?", (T. PICHT, op. cit. p. 103, nota 23).



Phoca PDF