

EN TORNO AL *NASCITURUS*

Adán PRIETO VENTURA

La principal cuestión, la única decisiva para el futuro, es contar con los medios políticos, sociales e individuales, para aplicar los principios y transformar los derechos humanos en una realidad cotidiana.

Federico MAYOR

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La persona*. III. *El nasciturus*. IV. *Un débil en el derecho comparado*. V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

“Todo individuo y toda institución deben promover, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades”. (Preámbulo. Declaración Universal de los Derechos Humanos).

Lo que diferencia al ser humano no son sus genes. Los seres vivos que aparecieron hace siglos, se han ido sucediendo haciéndose cada vez más complejos, gracias a procesos de mutaciones aleatorias por los que han aparecido constantemente nuevas estructuras y también al proceso de selección natural que ha asegurado su adaptación a un medio cambiante. La constatación de la unidad del código genético ha proporcionado la información decisiva: todo lo que vive sobre la tierra, desde las bacterias a los primates, tiene su lugar en un árbol genealógico común. Los seres humanos estamos en el extremo de una de las ramas más jóvenes de ese árbol y nos separamos de nuestros primos, los monos, para dejar en evidencia que la especie humana posee un estatus diferente.

Propuesta y defensa del nasciturus. El hombre es todo lo que debe ser desde el momento mismo de la concepción. ¿Qué otra forma de vida po-

dría ser? Pero antes de afirmar apodócticamente, debemos preguntarnos la base de estas consideraciones: ¿qué es la vida? Biológicamente es la capacidad de una molécula de doblarse a sí misma, de reproducirse. Esa capacidad se debe a su estructura de doble hélice y no tiene nada especialmente misterioso: es el producto de las mismas interacciones entre átomos que las que hay en las demás moléculas. La palabra “vida” no define, por tanto, una capacidad específica de determinados objetos o sujetos; simplemente traduce la reacción, la reproducción y la lucha como un resultado de las mismas fuerzas naturales que intervienen en todas las cosas.

Luego, en el caso específico del ser humano, y debido al desarrollo, éste crecerá y creará sus intereses: materiales, espirituales, intelectuales y todo aquello, que como necesidades vitales, necesita. Creará también una dependencia a un modo de vivir, como una forma de reflejarse a través de derechos y libertades, de acostumbrarse y de proyectar sus ideas, inquietudes dentro de una sociedad, etcétera; posiblemente aquí sea el nacimiento del campo ético y de derechos, para poder convivir mejor.

Ese ser humano mediante la participación efectiva y cotidiana conseguirá hacer frente a la fragilidad de la vida dentro de una sociedad. Nace con unos derechos, los derechos humanos. Palabra prohibida, ante sus andamiajes y decorados que hoy, en el sentido más vivido de la palabra, aun logrando a veces una excelente apariencia, esconden mecanismos de poder autoritarios que nos predeterminan, igual que la cultura y la moda, el camino a seguir en cuanto a “todos” nuestros valores, libertades y derechos.

La persona es un entramado multidisciplinar, social y vulnerable —especialmente en sus etapas primigenias— que se va desarrollando poco a poco, por ello no se trata de agotar las cuestiones que siguen: en cuanto a persona, aborto, eutanasia, dignidad o la defensa de sus derechos en estas páginas, pero sí se aspira a que lo que en ellas se contiene constituya una base mínima y segura sobre la que se pueda fundamentar unos criterios tan básicos acerca de tema tan controvertido como es específicamente el derecho. Y un derecho debilitado.

¿Ético? tal vez, ¿deber? debería ser. Sólo es una perspectiva que nos dirija, ineludiblemente, por medio de los valores y el justiprecio de la vida por sí misma, al fin bueno y mejor que todos buscamos. Razón bioética podríamos concluir.

La ciencia como estudio de las realidades del mundo por sus causas próximas a través del método experimental y pragmático, exige un cauce efectivo ante la consecución de los frutos de la inteligencia y la capacidad

de acción en los avances y desarrollos tecnológicos; éstos deben estar iluminados por una actitud humana y ética, debido a que la ciencia avanza más rápido que el derecho, y éste no consigue frenar, lo que en aras del progreso, vulnera cosas tan íntimas en el hombre como son sus derechos y específicamente, su dignidad. Es lógico que nos apoyemos en valores, principios y diálogos... pero ¿qué tipo de valores y principios rigen hoy nuestra vida?, tal vez estemos bajo el dominio de la globalización o la moda. No es una aseveración, es sólo una consideración.

Las sociedades modernas han experimentado cambios sustanciales y no menos espectaculares en el último siglo, producidos por el desarrollo de la ciencia y de las técnicas en todos los aspectos de la vida. En cierto modo, “todos queremos ser iguales”, compartir los mismos beneficios de la técnica, aunque muchas veces no los entendamos. Es una razón que a través de la historia y en diferentes etapas, se ha hecho parte íntima del hombre y de su quehacer, intentando explicar las realidades del mundo y al hombre mismo en su estrecha relación con su entorno, en su tiempo. El mundo siempre cambia. Lo que hoy es verdad, mañana, quién sabe.

Descubrir la articulación fundamental de la vida, en todo lo que concierne específicamente al avance tecnológico, los alcances científicos y las mejoras jurídicas, que nos hacen vivir una era acelerada en la cual hechos que nos parecían imposibles o fruto de la imaginación se convierten en realidades comunes y cotidianas que no asombran ni a un niño, pero que las necesitamos para poder complementar nuestra percepción de los principios, derechos y valores como tales.

Lamentablemente, todos estos progresos no siempre han ido unidos al correspondiente crecimiento moral de la persona, una ley innata que le exige saber vivir; que le pide, sublime, una participación responsable y “humana” para garantizar un porvenir de libertad y equidad, de tal manera que sean puestos todos los progresos al servicio del hombre, destinatario de los esfuerzos y los trabajos científicos, técnicos, jurídicos, políticos, etcétera, que lo hacen parte de lo colectivo y social que llamamos: “Sociedad”.

Estos hechos reflejan sólo parte de lo que constituye tal vez el drama más profundo de nuestro tiempo: la pérdida del sentido de la persona humana, el olvido de su dignidad, la esclavitud de los hombres, etcétera.

Flagrantemente los derechos humanos de la persona humana son vulnerados. Cuando hablamos sobre derechos humanos, siempre lo hacemos en pasado, es decir, siempre nos preguntamos: ¿cómo enmendar hoy los errores del pasado? En otras palabras, ¿qué legado para los niños que nacerán

—si a algunos no les dejamos vivir— que tienen aún los ojos cerrados y que no son capaces de hablar por sí mismos o en un idioma que entendamos los que estamos llenos de privaciones desde el punto de vista humano?

Por ello, cuando tratamos sobre los derechos humanos, debemos tener en cuenta los derechos de los seres humanos, especialmente en el caso de los aún no nacidos, que, como débiles jurídicos, no tienen la capacidad de defenderse por sí mismos o de tomar decisiones personales. Debemos preguntarnos cuál es la mejor manera que nuestra generación puede salvaguardar los derechos humanos de las generaciones venideras, y tomar las decisiones adecuadas, antes de que sea demasiado tarde.

La sociedad en la que vivimos es el germen donde se refleja también el fenómeno actual universal. Mientras el nivel de vida ha mejorado, donde técnicamente nos hemos superado, donde el progreso ha hecho la vida más cómoda y donde ostensiblemente se defienden los derechos por medio de tratados y convenios internacionales que buscan la defensa y protección de los derechos humanos fundamentales, la realidad que se nos muestra, es diferente.

Ante esta realidad, más que aparente, una propuesta contundente es el hacernos parte, “participo, luego existo” debe ser la fórmula cartesiana del hombre moderno. Es decir, soy, tanto en cuanto, entre nosotros y por el otro, vivimos los derechos esenciales, la libertad y la dignidad de la persona humana (debido a que no se respetan como debieran) tanto en la práctica diaria como en la legislación. Hoy conocemos el mapa genético. El lenguaje de Dios. ¿Qué viene después? La dimensión de esta capacidad nos haría responsables del pleno desarrollo de la vida, garantizaría nuestra estabilidad ética, por lo menos.

Escudriñar perspectivas en torno a este tema nos permite calificar como logros evidentes y actuales dirigidos a velar por la integridad y dignidad amenazada de la persona (la supresión de la tortura, la abolición de la pena de muerte, la protección de la intimidad individual y familiar, etcétera); observamos con honda preocupación que, a pesar de estos logros, crecen en nuestra sociedad otras agresiones a la persona y sus derechos fundamentales. Particularmente no se defiende el derecho a la vida. Y la experiencia, que nace como respuesta a muchos porqués, sobre todo ante el sistema y la vida misma, nos dice que la mayoría de las cosas son sutilmente silenciadas por el: “todo pasa y pasa y no pasa nada”.

Contra ponemos la esperanza en el creer firmemente en la humanidad que puede encontrar los recursos para responder con todo el éxito al desa-

fío global de implosión cultural negativa y que ésta puede, como elemento *sine qua non*, cooperar en armonía ante una cultura de valor de valores y dignidad.

Obtener respuestas convincentes que aclaren y ordenen el valor real en torno a la vida y la dignidad humana dentro de los valores será el ápice y punto álgido donde radique la complejidad de esta investigación.

La ventaja de los límites terrestres es que están marcados y es posible alcanzarlos a pie o en cualquier vehículo. Su desventaja es que están perdiendo progresivamente su valor.

En lugar de fronteras ahora tenemos horizontes y el horizonte, a pesar de que es visible, es intangible; mientras más cerca estamos de él, más lejano se vuelve. ¿Qué derecho debe salvaguardarse a cualquier precio en este mundo de horizontes?

Los derechos humanos no deben ser tratados como economías de mercado. Deben constituir lo que son: derechos básicos del hombre, porque los derechos de las próximas generaciones deben colocarse en la cima de las prioridades de esta generación, y es nuestro deber tomar acciones adecuadas con el fin de salvaguardar esos derechos. El derecho humano debe completarse como el primero de los derechos humanos.

Cada hombre es un ser individual e indivisible, en resumen: un microcosmos (compuesto de muchas cosas más que cadenas de proteínas) y además, parte de una sociedad en la que se desenvuelve, regida por leyes. Frente a estas características, que ocurren delante de nuestros ojos, deben ir acordes la idea de hombre, de justicia y de derechos humanos que subyacen como bases compatibles con la dignidad humana.

II. LA PERSONA

El hecho vital es la fuerza interna o actividad sustancial por medio de la cual obra el ser que la posee; es el estado de actividad de todos los seres orgánicos que todos conocemos como vida; es no sólo la unión del alma y el cuerpo, como solemos encasillar al ser humano, sino ese tiempo que transcurre desde el nacimiento hasta su muerte; es el tiempo que dura, necesario para mantenerse existiendo; y es aquí donde comienza a actuar lo ético y lo bioético, término acuñado en los años setenta cuando se utiliza por primera vez en un artículo, y luego en un libro por el doctor Potter—oncólogo— y padre de la bioética, preveía ya en ese tiempo lo que ocurriría en la humanidad debido al avance técnico y el progreso científico, e

intuyó lo que realmente está sucediendo: no es una novela de ficción —superada por la realidad— es cierto y tangible, lo resumió en esta frase: “un puente hacia el futuro” pero en el cual, faltaba el diálogo entre las ciencias humanísticas (ética) y las ciencias naturales (biología) —casi un choque de dos culturas— donde los hechos biológicos y los valores éticos deben ir de la mano.

Hoy podríamos concluir que la nueva tecnología es la telecomunicación, nada nuevo, pero debemos aceptar que la nueva filosofía es la bioética.

El derecho a vivir es el primero de los derechos innatos en el orden de la existencia, aunque no en el de la excelencia. Todo derecho innato es medio necesario para el cumplimiento de un deber, por ello debe empezar por verse en qué está basado este derecho y en qué capítulo hace cauce la dignidad. Una duda: cómo conseguir explicar la “dignidad humana” sin tocar el campo religioso y trascendente. ¿El hombre es digno por ser hombre solamente, sencillamente, simplemente?, o es necesaria la consideración religiosa que lo vincula, que nos liga a algo trascendente.

La existencia del hombre es de una naturaleza compuesta de dos sustancias, una material y otra espiritual, a la par de la razón (intelecto) y la fe (creer en lo que no vemos). La vida, por tanto, consistirá en el enlace que une el alma al cuerpo, unión que cesa para dejar en evidencia la parte mortal del hombre, al desatarse aquel lazo. Esa es la razón de que corresponda al hombre el derecho y el deber de mantener ese lazo sin romperse; de aquí el derecho a la vida. El común lo acepta así. Esta consideración —muy personal— no busca defenestrar a Dios y su actividad creadora, sólo intenta conseguir una verdad, que por su propio peso sea cuestión y solución. Si la dignidad nos viene directamente de Dios, ¡perfecto! la aceptamos, si esa es la respuesta; pero si no es así, ¿dónde recae la condición humana de “dignidad”? Es una guía.

1. La persona en el ordenamiento jurídico

La persona constituye el centro de gravedad de todo ordenamiento jurídico democrático. La persona es la destinataria de las normas jurídicas que la integran y en su favor se encuentran reconocidos, sobre todo ante el Estado, los derechos, los bienes y las posiciones jurídicas fundamentales. El ordenamiento jurídico democrático no crea personas, sino que se limita a reconocer la persona como una realidad dada externa a él.

Para el derecho, la persona es, más que un centro de la imputación de normas jurídicas, un ser humano que posee valores propios por la única razón de ser humano, merecedor de respeto y de tutela de derechos. La concepción humanista de la persona está recogida en la Constitución en el artículo 10.1: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Donde eleva la dignidad de la persona y los derechos fundamentales que le son inherentes, así como el libre desarrollo de la personalidad, al margen del orden político y de la paz social; estas consideraciones no son hechas por casualidad. No es sólo una declaración de principios; el artículo 10 se hace baluarte de una concepción de la persona.

El Código Civil en cuanto a la persona es contradictorio. La persona ocupa un destacado puesto en la regulación de las instituciones civiles. Se encuentra casi al inicio del Código, en los artículos 29 y siguientes; de hecho, su libro primero se intitula precisamente “De las personas”, y en su lugar se reglamentan las situaciones que determinan el estatus personal, dígame: nacimiento, matrimonio, domicilio, filiación, mayoría de edad, etcétera, sin embargo, no se encuentra en el Código Civil ninguna alusión, por mínima que parezca, a lo que entendemos por derechos o bienes de la personalidad: honor, intimidad, propia imagen, etcétera. Puede ser que se remita a la base: el código napoleónico, que nos remonta a la Revolución de 1789 y a la Declaración de los Derechos del Ciudadano del mismo año.

A partir de estos momentos, el término persona frente al Estado se bifurca según las épocas.

Ahora bien, junto al concepto persona está la igualdad. Todos los hombres son personas, y todas las personas son iguales. Toda persona tiene una capacidad jurídica y una capacidad de obrar. Por capacidad jurídica se entiende la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones; por capacidad de obrar la aptitud para ejercer tales derechos y obligaciones, es decir, “todas” las personas tienen capacidad jurídica o, dicho de otra forma, la capacidad jurídica es un atributo que corresponde a toda persona por el solo hecho de serlo y por esta razón es abstracta, genérica y no graduable. Es una manifestación del principio de igualdad. En palabras de la Sentencia de 31 de diciembre de 1991, la capacidad jurídica de una persona es “consustancial a su dignidad”. En cambio la capacidad de obrar varía en función de las características particulares de cada persona y es graduable, es decir, que una perso-

na puede tener más capacidad de obrar que otra. Y por eso se habla de capacidad de obrar plena y capacidad de obrar restringida.

En nuestro derecho se adquiere la capacidad de obrar con la mayoría de edad (Código Civil, artículos 322, salvo excepciones y 200; los cónyuges son iguales en derechos y deberes, artículos 66 y 1328 del Código Civil; los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo excepciones, artículo 27 del Código Civil), etcétera.

El comienzo de la personalidad civil se determina con el nacimiento, es igual que aceptar como requisito de la viabilidad legal el nacimiento como determinación de la personalidad (artículo 29, Código Civil) entonces, por vía negativa el *nasciturus* carece del atributo de la personalidad, ¿es decir que el *nasciturus* debería ser persona para ser titular de derecho? Cuando el feto tenga figura humana y viviera 24 horas desprendido del seno materno (artículo 30, Código Civil), ¿qué ocurre? Obviemos la exigencia de “figura humana” que es en cierto modo, peyorativo. Esta consideración es para deficiencias mayores, pero las 24 horas en el derecho civil consideran persona al recién nacido en caso de ¿viabilidad? (*cfr.* 745.1, Código Civil, criatura abortiva).

La protección del concebido es susceptible de ser contemplada desde una doble perspectiva: la personal y la patrimonial. La primera de ellas nos remite al aborto, tema en el que se entremezclan además de las consideraciones estrictamente jurídicas, otras de tipo moral, filosófico o religioso. Si nos ceñimos al aspecto jurídico, lo primero que debemos decir acerca del *nasciturus* es que no es persona para los efectos civiles en la medida en que no reúne los requisitos del artículo 30 del Código Civil. La STC 53/1985, de 11 de abril, después de aclarar que el feto no es titular del derecho a la vida constitucionalizado en el artículo 15, Constitución española (el “todos” con que se inicia el precepto se refiere a “todas las personas”), estima que se trata de un bien jurídico protegible, lo que permite su tutela por el Estado, incluso mediante el recurso a la vía penal.

Esta Sentencia 53/85 resolvió un recurso previo de inconstitucionalidad contra la legislación que, en determinados supuestos, despenalizaba el aborto. Hoy, practicar el aborto constituye una actitud delictiva (artículos 144 a 146, Código Penal) únicamente si concurre alguna de las circunstancias del artículo 417 bis del antiguo Código Penal (grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada; embarazo consecuente a una violación; o presunción de que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas), en la redacción dada por la LO 9/85, de 5 de julio, el

aborto no constituye delito. El mencionado artículo 417 bis del antiguo Código Penal ha sido dejado en vigor por el nuevo Código Penal. La STC 53/85 no aclaró si la despenalización del aborto por causas sociales o si la ley de plazos que permite el aborto sin necesidad de justificación alguna, resultan o no conformes con la Constitución. En el plano jurídico, el debate sigue abierto.

2. El “derecho” a vivir es ¿inviolable?

Sólo podría el hombre ser dueño de su vida en su derecho natural, si por alguna razón se le hubiese concedido este dominio en la humana naturaleza o por las condiciones naturales de su vida; pero el Creador, ni por su naturaleza humana ni por las condiciones naturales de la vida concede al hombre este dominio. Considerada la naturaleza humana con relación a Dios, nos demuestra que el hombre ha de servir a su creador, cumpliendo los fines para los que lo ha creado, y que Dios tiene dominio sobre la vida del hombre a quien no corresponde determinar su tiempo, y si éste, de modo alguno desprecia la vida hasta el extremo del suicidio, frustraría los planes y designios de Dios; por ello no estamos de acuerdo con ninguna forma de homicidio sutil, como hoy lo son el aborto y la eutanasia, violación directa de la Ley Divina: “No matarás”, precepto que toda la sagrada escritura nos recuerda, en especial de aquellos indefensos de los que está lleno el reino de los cielos, al cual no se puede atentar, porque el niño, formado en el seno materno, es un regalo de Dios. Estar en contra es una ofensa directa a la “dignidad de la persona humana”, un crimen contra la vida, un atentado contra la humanidad. No existe razón alguna que pueda justificarlo; de allí que seamos fieles defensores del incalculable valor de la vida humana, partiendo de su condición sagrada y de su absoluta intangibilidad; por eso debe guardarse con total celo el quinto mandamiento: “No matarás”, que sólo es un recordatorio de la ley natural y que está esculpido en el corazón humano antes de recibir cualquier información externa, ya que la vida al mismo tiempo que es un don, es también una responsabilidad; es una ley nueva que se inspira y plasma en su vida, por lo tanto, para el hombre implica en definitiva un valor: el respetar, amar y promover la vida de cada persona, según las exigencias y las dimensiones de esa misma vida que se plenifica.

Todo obliga a todo hombre. Él mismo forma y forja sus valores y principios (guía clara de lo moral); en efecto, resuena en la conciencia de cada

uno como un eco permanente del hombre para que siempre se defienda y promueva la vida, especialmente cuando es más débil o está amenazada. Es una exigencia no sólo personal sino también social que debemos cultivar, poniendo el respeto incondicional a la vida humana como fundamento de una sociedad que buscamos renovar.

Dios no hizo la muerte, lo que ha querido es la vida; nos ha colocado en la tierra “libres” para ser libres; las costumbres y tradiciones las inventamos nosotros. Dios ha hecho un universo visible con miras al hombre como ser libre considerado, en parte valioso; es imagen de Dios y corona del mundo; pero por la envidia del maligno, entró la muerte en el mundo, introducida por el pecado; ahora bien, la muerte queda vinculada al hombre, al igual que lo moral a las costumbres y éstas, en cierto modo intrínsecas a él; es decir, son a la vez signo y fruto.

La vida humana es preciosa, desde cualquier perspectiva que desee verse: psicológica, social, integralmente. Es un ser lleno de sentimientos, afectos, pleno de desarrollo, impresionante como una máquina autónoma, lleno de perfecciones, virtudes y defectos que indefectiblemente se desarrolla entre otros, se hace parte de otros en una sociedad, un espacio, una cultura que lo determina grandemente, en un tiempo impío que lo delimita; todo esto en cierto grado lo condiciona y acostumbra; “todo lo que sube, queda suspendido en el aire por tiempo indeterminado”; triste falacia que no podemos aceptar después de conocer la Ley de Gravedad.

Sin duda alguna, el hombre es la maravilla de la creación, y por tal, sólo por este hecho, debe ser protegido y favorecido (el acto de vivir) tanto en su comienzo como en las diversas etapas de su desarrollo, “porque apenas sonó la voz de tu salutación en mis oídos ha saltado de gozo el niño en mi seno”. Es un ser desde el momento de la concepción; aunque muchos no aceptemos esta postura por obtener una nueva perspectiva gracias al avance biotecnológico y regalo del “problema o solución” acerca del genoma humano.

Desde los primeros siglos se ha protegido favorablemente la vida desde su concepción, no así para algunas culturas antiguas que consideraban más importante la anatomía o calidad de vida de la que disfrutaría dicho infante, contraria al desempeño que pudiese alcanzar. No se creía en el potencial del hombre. Se resumía de esta manera: si era un niño con defectos lo lanzaban al río. “Tradición”. Esta palabra y su consecuente resultado, indefectiblemente nos acompaña siempre.

¿Por qué defender tanto el carácter inviolable de la vida? Porque la vida es vida sólo y cuando el ser humano partícipe de esa condición, la desempeña, y a ésta, quedan ligados todos los consecuentes que el hombre mismo trae consigo; díganse: valores, principios, tradiciones, etcétera.

Los principios son quienes encauzan nuestra vida en cuanto a los fines, es nuestro derecho decidir bajo la idea de la virtud y los valores. Es un derecho del hombre, es ley suprema de sus actos, decidir de manera que todos sus actos y operaciones sean morales y justos pero amoldándose a esa norma y esos principios que lo rigen, si no van acordes con ella, entonces serían injustos e inmorales.

Todo derecho se encamina al fin al que se dirige. Ésta es la razón de su ser y su limitación, porque precisamente la consecución de los medios es en vista al fin último que mueve al hombre y por ello concluimos que el hombre está esencialmente obligado a vivir y desenvolverse ante las circunstancias, a participar de la creación y el conflicto entre el espíritu y la materia, entre los derechos del hombre y los del ser trascendente. Podría afirmarse que la inviolabilidad de la vida humana es un principio y un derecho a ese principio es el valor, introducido por vez primera por la Iglesia y que para mantenerlo ha sido el germen polémico contra filosofías e ideologías siempre prestas a disponer del quehacer humano.

Sería fácil, por así decirlo, hablar del acto vital, sus principios y valores, la dificultad está en definirlos (trataremos de acercarnos). Algunas de las definiciones antes dadas por la historia son de algún modo tautológicas y otras, como un vocablo destituido de significado o ficticio para callar nuestra ignorancia acerca de las verdaderas causas del acto vital y los principios morales; decir que es un conjunto de fenómenos que se desarrollan en los hombres y por ellos en un complejo social definido y no limitado, o acabar por declarar que es imposible definirlo. Reconocer una dificultad no es rendirse ante lo aparente, regresemos a una definición tradicional: “valores que rigen nuestros actos” y éstos, sujetos a un sujeto capaz de obrar.

3. *El derecho a la vida*

Derecho, tanto individual como colectivamente considerado, que tiene todo ser humano a mantener y desarrollar plenamente su existencia —biológica y social— conforme a su dignidad.

Derecho de la persona a conservar su estructura psicosomática de forma íntegra, considerada ésta en su totalidad, de tal forma que pueda rea-

lizar —de la forma más plena posible— los restantes elementos que la componen.

Derecho a conservar la existencia dentro de unos márgenes de viabilidad y dignidad, considerada la estructura psicosomática del ser humano en alguno de sus componentes, de tal manera que no sufra menoscabo o detrimento en alguna de sus facetas básicas.

Derecho a mantener la intangibilidad y a obtener la protección de la dimensión moral de la vida humana: honor, intimidad, etcétera.

III. EL *NASCITURUS*

1. *En torno al nasciturus*

Cabe preguntarnos: ¿cómo puede existir un ser humano mientras es algo tan pequeño que no tiene el más mínimo aspecto externo de tal?

Es lógico pensar que la realidad no es sólo lo que captan nuestros ojos, nuestros sentidos. Los microscopios electrónicos y los telescopios más modernos nos ofrecen aspectos de la realidad que jamás habríamos podido captar con nuestros ojos. De manera semejante, la ciencia demuestra rotundamente que el ser humano recién concebido es el mismo, y no otro, que el que después se convertirá en niño, adulto y anciano. El aspecto externo que presentará varía según su fase de desarrollo. Y así, en la vida intrauterina primero es un embrión pre-implantado, no pre-embrión. El pre-embrión ¿qué es?, ¿no será un término acuñado para poder manipular los embriones? Antes del embrión, el supuesto pre-embrión ¿no posee ya un nombre? Es gameto. Es espermatozoide u óvulo; luego de la fecundación “cigoto” y 12-14 días después embrión implantado. Pre-implantado es hasta la llamada nidación, en el término de los 14 días, aproximadamente, en que cabe la posibilidad de que de un mismo óvulo fecundado surjan gemelos (monocigóticos o univitelinos/monovitelinos); después es un embrión hasta que se forman todos sus órganos; luego mientras éstos van madurando, es feto hasta formarse el bebé tal como nace. Después continuará el mismo proceso de crecimiento y maduración, y más tarde se produce el inverso de decadencia hasta la muerte.

Por esta brevísima explicación no podemos hablar, ya que no tiene sentido, que un niño “proviene” de un feto, sino que él mismo fue antes un feto, del mismo modo que un adulto no proviene de un niño, sino que antes fue un niño, y siempre es el mismo ser humano, desde el principio. Y tan

absurdo sería defender que el hijo recién concebido no es un ser humano porque no tiene aspecto de niño como suponer que el niño no es un ser humano porque no tiene el aspecto externo del adulto.

Podría surgir otro sinfín de dudas a partir de aquí, por ejemplo y considero la más incidente en cuanto al *nasciturus*: “el fruto de la fecundación es una vida humana, pero ¿ésta llega a constituir un ser humano individual hasta un momento posterior?, ¿por qué?, ¿de dónde surge esta idea? Hasta el decimocuarto día (esto no lo discutamos) posterior a la fecundación existe la posibilidad de que un óvulo fecundado pueda producir dos seres humanos (gemelos monocigóticos), podríamos aseverar que hasta mientras sea posible tal división no existe un ser humano individualizado. Es cierto, pueden llegar a existir dos seres humanos a partir de un mismo óvulo fecundado, pero esto no significa que antes de la división no había ninguno, sino que donde había uno llegue haber más de uno.

Hay que tener en cuenta que no es lo mismo “individualidad” que “indivisibilidad”. Creo que aquí es donde se apoyan los científicos para poder “manipular” el embrión. No es que esté en desacuerdo con los avances científicos en pro del bienestar social; sino que creo y sostengo que un embrión (niño pequeño y desprotegido) le sea robado su fin, que es vivir, que es su vida; para ayudar a otro. Si lo preguntásemos a ese feto ¿qué creen que respondería?

Un ser vivo puede ser individual, pero divisible, por ejemplo, las bacterias y los microorganismos. El que en una determinada época de su evolución biológica un ser vivo puede ser divisible no invalida su carácter de individuo único en los momentos anteriores. El ser humano, hasta aproximadamente el día 12-14 de su evolución es individual, pero divisible, y a partir de la nidación es ya único e indivisible.

Este microcosmos que se está formando contiene un patrimonio genético propio e individual. El germen de vida que se desarrolla, seamos realistas, necesita de un ambiente específico, y éste, sólo lo proporciona el útero materno (hoy también los laboratorios, pero no es natural) y esa célula de vida propia y autónoma, un ser con su propio sistema inmunológico, subsiste en un vientre pero ello no implica que sea parte de la madre.

En cuanto a la viabilidad (es decir, la probabilidad de que el hijo siga viviendo en el exterior tras un embarazo cesado prematuramente) es mayor a medida que la gravidez está más avanzada y existen factores externos propicios como: atenciones médicas, tipo de parto, atenciones médicas, medios y técnicas, etcétera. Con esto queda claro que la viabilidad del niño

no nacido, *nasciturus*, se afirma en que es ser humano aunque dependa de la madre en este estadio de su vida.

El *nasciturus* en su vida intrauterina se va desarrollando. El hijo no nacido sufre cambios cuantitativos en su cuerpo (en sus distintos órganos y funciones) brevemente:

- A las dos semanas se inicia el desarrollo del sistema nervioso.
- A las tres semanas de vida empieza a diferenciarse el cerebro, aparecen esbozos de lo que serán las piernas y los brazos y el corazón inicia sus latidos.
- A las cuatro semanas empiezan a formarse los ojos.
- A las seis semanas la cabeza tiene su forma definitiva, el cerebro sigue desarrollándose y comienzan a definirse las extremidades (manos y pies) y aparecen las huellas dactilares.
- A las ocho semanas comienza el estómago la secreción gástrica. Aparecen las uñas.
- A las nueve semanas se perfecciona el funcionamiento del sistema nervioso: reacciona a los estímulos.
- A las 11 semanas ya se chupa el dedo, lo que puede observarse perfectamente en una ecografía.

Así sucesivamente ocurren manifestaciones propias de la vida que se desarrolla; a partir de la duodécima semana la mayoría de los órganos están completamente formados y han comenzado a funcionar, es decir, la vida es un proceso único, que empieza en la “fecundación” y no se detiene hasta la muerte (en una serie de etapas evolutivas e involutivas).

El derecho se ha desentendido de la protección del hijo no nacido, del *nasciturus*, es decir, que ése y todos los niños que no han nacido, ¿no son personas?

El no nacido es una persona. No existe ninguna otra forma de ser humano que el ser personal. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos a veces establecen ficciones sobre quién es persona y quién no. Estas “ficciones” no alteran la realidad de las cosas.

La palabra “persona” tiene, en el derecho, un significado que no siempre corresponde a la realidad, como ocurre, por ejemplo, con las empresas, que son llamadas “personas jurídicas” para significar que son sujeto de derechos y obligaciones en cuanto a tales. Otro ejemplo: en el derecho español se tiene por muerto al desaparecido de quien no hay noticias en

una serie de años, pero esta ficción legal no significa que si el desaparecido está vivo deje por ello de ser una persona.

En el derecho español, al no nacido debe considerársele persona, pues el aborto se regula en el Código Penal como uno de los “delitos contra las personas”, aunque a otros efectos jurídicos no se les tenga por persona (en virtud de una ficción del Código Civil) hasta las 24 horas después de nacer. Y ¿por qué 24 horas después del nacimiento para que el derecho español considere, a efectos civiles, persona a un ser humano? Este precepto de nuestro Código Civil es un arcaísmo que se arrastra desde los tiempos del derecho romano, en que había una enorme mortalidad de recién nacidos.

Sin embargo, ante las exigencias de la realidad, el propio Código Civil establece que al concebido y no nacido se lo tiene por nacido a todos los efectos que le sean beneficiosos (por ejemplo, en caso de herencia), si llega a nacer con vida.

IV. UN DÉBIL EN EL DERECHO COMPARADO

1. *Acerca del nasciturus en la Constitución española*

La Constitución española posee en el Título Primero, dedicado a los derechos y deberes fundamentales, uno de los pilares básicos de la definición del Estado como “social y democrático de derecho” (artículo I, Constitución española).

Este Título Primero representa la declaración de derechos del ordenamiento español por cuanto en él, siguiendo la tradición constitucional, se enumeran los derechos fundamentales. Éstos toman su denominación de “fundamentales” de la importancia que poseen dentro del ordenamiento como elemento básico para configurar el sistema jurídico y político. “Artículo 1. España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

Los derechos fundamentales cumplen una finalidad que se ha denominado axiológica. Según el *Diccionario* de la Real Academia Española, “axioma” significa principio, verdad clara y evidente, que no necesita demostración. Aplicando este término a parámetros estrictamente jurídicos, los derechos fundamentales, en palabras del Tribunal Constitucional “son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia hu-

mana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho y, más tarde, en el Estado social y de derecho o en el Estado social y democrático de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución” (Sentencia del Tribunal Constitucional 25/1981).

Junto a la dimensión axiológica, de la cual hemos hablado, los derechos fundamentales deben ser también observados desde una segunda perspectiva: la esfera individual. Siguiendo al Tribunal Constitucional en su Sentencia 25/1981, “los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un estatus o la libertad en un ámbito de existencia” (Sentencia del Tribunal Constitucional 25/1981).

Estos derechos no sólo pueden ser violados por el poder público, sino también por los propios particulares, ya que las lesiones más comunes proceden de éstos; tal es el caso, por ejemplo, del derecho al honor del artículo 18.1 de la Constitución española: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

Puesto que la mayoría de los atentados contra él dirigidos proceden de particulares y no de los poderes públicos. Y como no, los atentados al derecho a la vida del artículo 15.1 de la Constitución española: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

Los derechos fundamentales vinculan a los particulares en la medida en que los poderes públicos han definido el alcance de aquéllos.

Por su parte, los derechos fundamentales, como todos los derechos subjetivos, no son derechos absolutos que puedan ejercitarse sin tasa alguna. Su ejercicio, más allá de ciertos límites, resultaría ilegítimo. Así, por ejemplo, no puede invocarse la libertad o la dignidad de la embarazada para justificar la realización de un aborto provocado; en estos casos se estaría ante una realidad ajena al derecho, se estaría ante lo que podría denominarse un abuso de derecho, no le corresponde decidir a la madre la vida de un ser “autónomo” y libre, pleno de derecho.

Cualquiera que sea la naturaleza que quiera darse a los derechos fundamentales, lo cierto es que, desde el punto de vista jurídico, su análisis y estudio debe realizarse a partir de su regulación en el ordenamiento, primero en la Constitución y luego, en su caso, en otras normas. Ésa es la dimensión constitucional que verdaderamente importa y sólo a partir de

ella puede entenderse su auténtico alcance jurídico y, en efecto, nos equivocamos si pensamos que el derecho se encuentra ubicado en departamentos estancados, carentes de relación o conexión los unos de los otros.

Quien posee esta concepción podríamos catalogarlo de mal jurista. Convierte al derecho en algo rígido, inmóvil, vacío. Se limita a citar disposiciones que conducen a una mala interpretación de la norma, buscando el beneficio propio en algunos casos, en otros el oportunismo político. Es la triste realidad.

El derecho es una interrelación de normas, no una simple numeración de artículos dispuestos en normas, códigos y Constituciones, que obligan a realizar un análisis amplio y complejo sobre una cuestión determinada.

Desde esta base el derecho a la vida y a la integridad física debe estar siempre en relación con la protección del *nasciturus*. Un débil jurídico.

El artículo 15 de la Constitución reconoce el derecho a la vida y a la integridad física, empleando el término “todos”. (Artículo 15. Todos tienen derecho...).

Por su propia naturaleza, el derecho a la vida y a la integridad física afecta a todas las personas, con independencia de su estatus de ciudadanos o extranjeros. Ahora bien, persona humana, a los efectos del derecho civil español, es sólo el nacido con forma humana y que sobrevive al menos veinticuatro horas desprendido del seno materno (artículo 30 del Código Civil).

La expresión constitucional, al emplear un término indeterminado como el de “todos” dejaba la puerta abierta a un entendimiento más amplio de los sujetos titulares del derecho. De ese derecho, sin embargo, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 53/1985, de 11 de abril (caso sobre la Despenalización del aborto) declaró que, de acuerdo con un criterio interpretativo sistemático, el término “todos” era equivalente al de todas las personas empleado en otros preceptos constitucionales y que, en consecuencia, el *nasciturus* no resultaba ser sujeto titular del derecho a la vida.

Ahora bien, el Tribunal, a la vez que declaraba lo anterior, entendió que la vida era un valor constitucionalmente protegido por el propio artículo 15 de la Constitución española, por lo que el feto, como embrión de vida humana (que es en acto todo lo que puede ser y no en potencia) quedaba incluido en dicha protección.

De acuerdo con el Tribunal Constitucional, tal protección constitucional suponía la necesidad de la protección penal de la vida del feto, precisando incluso algunos extremos a los que debería ajustarse la regulación

de la despenalización de determinados supuestos de aborto para respetar dicho mandato constitucional.

Por su parte, “el derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el artículo 15 de la Constitución española, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional —la vida humana— y constituye el derecho fundamental esencial en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible” (STC 53/1985). En la Sentencia 53/1985, el Tribunal Constitucional estableció lo siguiente:

La vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, generando un *tertium* existencialmente distinto de la madre. Y que dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital, tiene particular relevancia el nacimiento. Y previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el *nasciturus* es ya susceptible de vida independiente de la madre (STC 53/85).

Efectivamente, la vida humana es un proceso que comienza con la gestación y me pregunto: ¿por qué tantas dudas acerca de esto? El *Diccionario* de la Real Academia Española define “gestación” como el desarrollo del óvulo fecundado hasta el nacimiento del nuevo ser y tiempo que dura. De ahí que el Tribunal haya declarado que la gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto al de la madre, es decir, un ser totalmente independiente.

Por lo tanto, la protección que la Constitución dispensa al *nasciturus* implica para el Estado dos obligaciones: primero, la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación y, segundo, la de establecer una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales (STC 53/1985).

Aunque nuestro derecho positivo establezca que el nacimiento determina la personalidad (artículo 29, Código Civil: “El nacimiento determina la personalidad...”) y que, por tanto, los no nacidos carecen del atributo de la personalidad, justificando de este modo la interrupción del aborto; también es innegable la protección que se brinda al no nacido.

Desde esta perspectiva, se quiera o no admitir, el derecho está reconociendo que el feto tiene la consideración de ser humano, cuya vida comien-

za con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana (STC 53/1985, de 11 de abril).

Establece el artículo 29 del Código Civil: “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables”. “*Conceptus pro iam nato habetur*”, según la regla romana. Dicha protección es susceptible de ser contemplada desde una perspectiva personal y patrimonial.

El *nasciturus* puede ser objeto de un delito de lesiones (artículos 157 y 158 del Código Penal), causado dolosamente o por imprudencia temeraria, pues “no hay efecto más beneficioso para el ser humano en gestación que el conservar la integridad física y psíquica” (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1985). Y tiene derecho además a ser indemnizado por los daños que se le hayan ocasionado por una defectuosa asistencia en el momento del parto.

Protección tan trascendente que también alcanza la esfera patrimonial. El artículo 29 del Código Civil funciona en este punto sobre la base de una ficción legal: el concebido no es nacido, pero se tiene por nacido, es decir, se le trata como si hubiera nacido. La ficción sólo opera en lo que sea favorable para el *nasciturus*, pero no en aquello que pueda resultarle perjudicial.

La ficción legal entra en juego, por ejemplo, a efectos de recibir la herencia de su padre (artículos 959 y ss. del Código Civil) o la donación que le hace su abuelo antes de morir (artículo 627 del Código Civil).

Por su parte, las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de abril de 1992 y de 12 de julio de 1993 extienden la aplicación del artículo 29 del Código Civil a la adquisición de la nacionalidad española *iure sanguinis*, por lo que la madre que es española en el momento de concepción del hijo transmite a éste esa nacionalidad a pesar de que ella la haya perdido en algún momento anterior al nacimiento.

También son efectos favorables las indemnizaciones que tengan su causa en la muerte de su progenitor acaecida en periodo de gestación del *nasciturus*: del mismo modo que el hijo de un año tiene derecho a ser indemnizado por daños que le supone verse privado de su padre a consecuencia de un accidente por culpa de otro conductor, también el concebido puede ejercitar el mismo derecho. Entra también en el ámbito de los efectos favorables la posibilidad de que el *nasciturus* pueda ser nombrado beneficiario de un seguro de vida concertado por cualquiera de sus progenitores.

2. *Garantías institucionales en el sistema jurídico español*

Entre ellas la garantía normativa fundamental viene planteada en diversos artículos de la Constitución española de 1978:

Artículo 14. Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Artículo 15. Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

El problema es saber qué contenido tiene la palabra “todos”. Entendemos que debe entenderse como “todo ser humano”. Lo cual, a su vez, debe interpretarse como “toda vida humana” y esta expresión, a su vez, debe ser entendida como “todo individuo que posea vida”, he allí el gran dilema.

Artículo 39.1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

Artículo 39.2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

Artículo 39.3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

Artículo 39.4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Del articulado de la Constitución española de 1978, actualmente vigente, cabe deducir a la hora de proteger el derecho a la vida del *nasciturus* las siguientes conclusiones.

El derecho a nacer, como manifestación del derecho a la vida, es un derecho absoluto, en el sentido de que en ningún caso está justificado establecer limitaciones a ese derecho. Y es un derecho absoluto por dos razones fundamentales: primero, por la naturaleza del bien de la personalidad protegido: el derecho a la existencia. En este aspecto sería equiparable —o tendría la misma fundamentación jurídica— el rechazo a la pena de

muerte que el rechazo al aborto y, segundo, por los términos —de carácter absoluto— en que se expresa la misma Constitución: “Todos tienen derecho a la vida” (artículo 15, Constitución española).

3. *Garantías extrajurídicas*

El mejor modo de defender el derecho a la vida frente al aborto es el método “preventivo”, aquel que respetando la voluntad de los padres y de modo eficaz, evita que nadie tenga que plantearse el dilema de abortar o no, previniendo y evitando embarazos no deseados. Para ello, se realizan campañas informativas sobre educación sexual y métodos anticonceptivos, particularmente en los países del norte. Por el contrario, en muchos países del sur, se ha recurrido a medios de esterilización masiva, lo que constituye otro modo de negar el derecho a la vida, a la vez que constituye una flagrante violación a la dignidad humana de los virtuales padres. En estos casos, no se trata de evitar prácticas abortivas, o de garantizar un derecho, sino de un control demográfico que se convierte en una negación más rotunda del mismo.

Como especialmente relevante la doctrina de organizaciones de carácter religioso, especialmente, de la Iglesia Católica. Es un elemento constante de su doctrina la defensa del derecho a la vida frente al aborto, desde tiempos remotos (siglo IV) hasta la doctrina actual del papa Juan Pablo II. En la doctrina oficial de la Iglesia Católica se ha reiterado, constantemente y de forma tajante, que sea cual sea la razón por la que se lleva a la práctica un aborto, que éste constituye un asesinato, especialmente alevoso, por encontrarse la víctima desvalida. En este sentido se expresan las encíclicas papales contemporáneas:

- la *Apostolicae Sedis*, de Pío IX, de 1869;
- las encíclicas *Casti Connubii*, de Pío XI, de 1930;
- la *Mater et Magistra*, de Juan XXIII, de 15 de mayo de 1961;
- la *Humanae Vitae* de Pablo VI, de 15 de julio de 1968;
- la encíclica *Familiaris Consortio*, de Juan Pablo II, en la que denuncia el “*anti-life mentality*” y toda violencia por parte de las autoridades públicas en favor del aborto (<http://comunidad.derecho.org/acamon/>).

También el Concilio Vaticano II, en su Constitución *Gaudium et Spes*, se manifestó claramente en contra del aborto afirmando el derecho a la

vida desde el mismo momento de la concepción, declarando a aquél “crimen abominable”.

4. *Acerca del nasciturus y el aborto, una decisión crucial.*
¿Qué piensa Venezuela?

Nos remitimos en este caso, para ser más específicos, a la opinión pública recogida en el diario *Quinto día*, año 5, núm. 228 y ss. de Caracas, Venezuela, de marzo de 2001. Artículos: “Decisiones cruciales”, de la autoría de Alejandro Angulo Fontiveros, Vicepresidente de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

Se disertó sobre el polémico tema y salieron a luz pública algunas consideraciones que involucran la salud individual de la mujer gestante, aspecto que para muchos pasa inadvertido, pero que, sin duda, tiene un peso específico.

Aclaratorias previas:

1. La reforma del Código Penal debe ser aprobada por el Tribunal Supremo y después por la Asamblea Nacional.
2. Dichas propuestas se han efectuado con el máximo respeto por los católicos y sus ideas: (se condena —desde la Encíclica *Casti Connubii*— el aborto siempre y aun a la mujer que lo hace para salvar su propia vida). (<http://www.quintodia.com.ve/228/paginas/analisis.htm>).
3. Por el sumo valor de la vida humana se propone eliminar la tan incomprensible y odiosa atenuación del homicidio denominado *honoris causa* en el artículo 413 *ejusdem* y “privilegiado” por matar un hijo en los primeros días de su vida.

Se recomiendan dos soluciones para el problema de si y cuándo debe hacerse un aborto:

- I. Según las indicaciones:
 1. Médica: si por el embarazo peligran la vida o salud de la gestante.
 2. Ética: si el embarazo es producto de una violación o de un incesto.
 3. Eugenésica: si el ser nacerá con graves taras físicas o psíquicas.
 4. Social: si el embarazo causa una angustiada necesidad a la embarazada.

II. Según la solución del plazo:

Si lo realiza un médico antes de los tres meses de gestación (no hay actividad cerebral en el embrión como anteriormente hemos comentado y la operación es de mínimo riesgo e incluso —se afirma— que dicha operación es menor que una amigdalectomía).

Se acepta, por ejemplo, en Alemania, Austria, Dinamarca, muchos estados de Estados Unidos, Finlandia, Francia, Inglaterra, Noruega, Suecia y países socialistas (<http://www.quintodia.com.ve/228/paginas/analisis.htm>).

En Venezuela se produjo un grave altercado entre un periodista y un médico, reconocidos nacionalmente, acerca de los valores y el aborto. Tuvo gran repercusión social, las disputas eran dadas en artículos de prensa y comentarios televisivos.

El doctor Alberto Arteaga proclamó (en el periódico *La Razón*, 25 de febrero de 2001) que la vida es inviolable y acusó (al periodista Carlos Croes, director del diario *Quinto día*) de tener “otra concepción de la vida y del poder de disposición sobre ella. Por eso su expresa posición que auspicia la legalización del aborto, de la eutanasia”. Pero antes opinó en su artículo “La polémica sobre el aborto”: “Moral y jurídicamente, el juicio sobre la culpabilidad debe tomar en cuenta las circunstancias concretas en que se realizó el hecho y las mismas pueden conducir a la inculpabilidad humana, moral y jurídica de los atribulados seres que realizan tales hechos” (*Diario de Caracas*, 10 de octubre de 1987, p. 6).

Y con respecto a “matar gente”, fue él quien hace muchos años en el *Diario de Caracas* pidió la pena de muerte a los corruptos. ¿Seguirá con esa hemofílica idea? —Comentó—. (<http://www.quintodia.com.ve/228/paginas/analisis.htm>).

Venezuela sólo reconoce el aborto terapéutico en el artículo 435 del Código Penal (“para salvar la vida de la parturienta”), lo cual es doblemente absurdo porque no lo autoriza para salvar la salud y porque un aborto no puede ser posible en una parturienta —mujer en trance u ocasión de parto— pues aborto y parto son conceptos excluyentes.

Conviene crear el término “abortante”, tan específico como el de parturienta, y ambos dentro del concepto genérico de gestante. Aquella limitación (artículo 435) es hipócrita, discriminatoria y cruel. ¿Por qué?

Primero, no hay educación sexual ni planificación familiar y tal educación ocasiona que el aborto se use como control de la natalidad por quienes hubieran podido impedir la procreación.

Segundo, las clases acomodadas pueden comprar más anticonceptivos, y si hay embarazos no deseados pueden ir a Estados Unidos y abortar: aquí el aborto es delito sólo para el proletariado.

Tercero, se impone a la mujer un hijo no deseado y un cambio de vida con el cual su infelicidad es probable. Y si aborta lo hará de modo clandestino, y con graves riesgos para su vida y salud.

Debido a estas causas y otras no mencionadas, se propuso la solución del plazo como la mejor, al quedar autorizadas todas las mujeres (independientemente de su clase social) y con esto evitarse el aborto clandestino o flagelo social con su estela de mortalidad, rastros patológicos y sobrecarga institucional a través del aborto legal (intervenciones sanitariamente correctas y técnicamente realizadas), contra el aborto clandestino o torpes maniobras de la embarazada o de auxiliares no preparados e incluso curanderos (supuestos médicos sin estudios ni título) (<http://www.quintodia.com.ve/228/paginas/analisis.htm>).

En la noble empresa de procrear, en la pareja es sólo la mujer quien arriesga su salud y hasta su vida, y de allí emana su derecho a controlar su propia reproducción. Un embarazo indeseado no puede justificar el que se prive a una mujer para siempre de buscar su felicidad personal: después del nacimiento, se contrae con los hijos una responsabilidad eminente e irrenunciable (es la realidad) y son derechos fundamentales de la persona el poder determinar si quiere, si puede y cuántos quiere tener, y el de poder llevar, no obstante y al mismo tiempo, una vida sexual razonablemente satisfactoria (www.quintodia.com.ve/nasciturus).

No habría violación del artículo 43 de la Constitución venezolana, ya que se refiere a las personas y el embrión no lo es. No significa ello el desconocer la vida del embrión o *nasciturus*: la vida es el principal derecho y la del *nasciturus* goza de protección constitucional porque hay la obligación de no interrumpir u obstaculizar la gestación y la de proteger jurídicamente tal vida e incluso con sanciones penales (<http://www.quintodia.com.ve/228/paginas/analisis.htm>). Pero hay excepciones: cuando haya un conflicto entre la vida del *nasciturus* y otros bienes o derechos de rango constitucional y deban prevalecer éstos:

- *La vida de la gestante sobre la del embrión*, ya que sería injusto impedirle defender su vida y se protegería más la vida del no nacido que la del nacido. Es absurdo porque mayor entidad jurídica tiene la vida

del nacido y su aniquilación es homicidio. También es injusto imponer a la gestante el sacrificio de su salud.

- Es injusto obligar a la mujer a soportar un embarazo por una *violación* (repárese en la vigente tragedia de las prisioneras en territorios ocupados y si es justo obligarlas a tener hijos —contra los cuales sentirían invencible repugnancia— de criminales y hasta enemigos) y humillar su vida ante un crimen que vulneró a más no poder su dignidad: propiciaría los repugnantes homicidios (infanticidios) por causa de “honor” (<http://www.quintodia.com.ve/228/paginas/analisis.htm>).
- Es injusto —no exigibilidad de otra conducta— compeler a la gestante si hay *contraindicaciones eugénicas*.
- Es injusto constreñir a la gestante *si el embarazo implica sufrir un conflicto grave*. En estos supuestos deben primar los derechos constitucionales de la mujer (incluso al libre desenvolvimiento de la personalidad) y subsiste la protección penal del *nasciturus* de no haber tales indicaciones o estado de necesidad.
- *Extremar la defensa de la vida conduciría a negar lo aceptado* aun por la Iglesia Católica: la legítima defensa. Por ejemplo, en Bolivia y México la ley permite el aborto en casos de violación e incesto. Igual en España (cuyo entorno jurídico es de países que aceptan la indicación social), Italia y Portugal, e incluyen el peligro a la salud mental de la gestante.

La solución del plazo impide complicaciones y es la propuesta más razonable, en cuanto a la situación actual.

La indicación social (si el embarazo y consiguiente maternidad son muy gravosas para la madre por razones económicas o sociales y angustiosas siempre), aun irreconocida, encaja por lo común en la médica que preserva la salud y ésta comprende lo mental, que se afecta por la angustia. Pero se requeriría la autorización oficial y ello implica probables retardos burocráticos: para evitarlos y hasta por el temor de no recibir la autorización, las desesperadas mujeres recurrirían entonces al aborto clandestino. Mas siempre se ha de apoyar estatalmente a las mujeres que decidan —sobre todo frente a la indicación socioeconómica— proseguir su embarazo.

Se considera indiscutible que si la gestante prefiere abortar (en holocausto de su instintivo, clásico e insuperable amor de madre), se debe a que es víctima de terrible angustia y subsiguiente deterioro de su salud psíquica; pero si tal decisión es tomada con serena frialdad, también se

creo mejor librar a la futura criatura de tamaña desgracia (<http://www.quintodia.com.ve/228/paginas/analisis.htm>).

La tendencia mundial es reconocer un derecho absoluto al aborto en el lapso ya determinado y reconocer a la mujer el derecho a su libre desarrollo personal sobre el bien representado por la vida del *nasciturus*. Es nuestro deber decidir. Y decidir bien.

V. CONCLUSIONES

El derecho a la vida frente al aborto (vulneración directa de todos los derechos del *nasciturus*) es un derecho humano evidente y, sin embargo, a la vez problemático, desde una perspectiva sociológica: porque mientras hay quienes consideran que debe legislarse para evitar que continúen extendiéndose las prácticas abortivas, otros presionan políticamente en sentido contrario, para que se permita vulnerar el derecho a nacer y existir del *nasciturus* por causas cada vez más amplias.

Los primeros pretenden defender la vida del niño, los segundos la libertad de la madre. En síntesis, podríamos decir que un hijo o hija no deseado puede acarrear a la madre perjuicios sociales, familiares, económicos, sanitarios, etcétera. Y al no estar permitido legalmente abortar, las prácticas en la ilegalidad —al no observar todas las garantías sanitarias— se han convertido, los países del sur, en una de las principales causas de mortalidad femenina, y en el norte una situación frecuentemente humillante para la mujer.

No obstante, aceptar el hecho de que tras la fertilización, un nuevo ser humano ha comenzado a existir no es una cuestión de opinión, “es una evidencia experimental”, tal y como ha señalado el doctor Lejeune, profesor de Genética de la Universidad de París.

Negar la condición humana a ese nuevo ser que ha comenzado a existir, acaso sea sólo una estrategia para atenuar moral y jurídicamente la gravedad del acto de modo semejante a como hace cinco siglos, Gines de Sepúlveda negaba la condición humana de los “indios recientemente descubiertos” en América, para justificar su exterminio.

La ciencia habla claramente: en el seno materno, y desde el mismo momento de la concepción, hay un ser humano vivo, distinto de la madre aunque dependiente de ella (cigoto, mórula, blastocisto, preembrión —palabra mal utilizada—, o embrión preimplantado, feto, *nasciturus*, como que ramos llamarle en sus distintas etapas, pero ser humano). Si alguien suprime

esa vida —sea quien sea, por las razones que sean y con la pretendida autoridad que sea—, no hay la menor duda de que ha matado un determinadísimo, insustituible, único e irrepetible ser humano.

El aborto provocado es un delito, donde además se da, necesariamente, la agravante de la alevosía, pues consiste en privar de la vida a un ser humano que está en una situación de especial indefensión, es el mayor caso de débil jurídico.

El aborto, en definitiva representa un total desconocimiento del valor de la vida humana, lo cual contradice toda la protección que el derecho concede al que está por nacer y resulta contradictorio que “eso” adquiera valor en un momento determinado (el del nacimiento) y antes carezca totalmente de él.

Con la finalidad de evitar esas situaciones de aborto que atentan contra el derecho fundamental de la vida, deben establecerse una serie de medidas, por ejemplo:

- Los Estados deben procurar, ante la inminente avalancha de libertad sexual, una educación integral “responsable” desde la etapa escolar, que permita a hombres y mujeres, recibir educación sobre el embarazo y los cuidados que se requieren durante la gestación y sobre las consecuencias que acarrea un embarazo no deseado. El problema del aborto es una consecuencia que sopesa dos criterios, o más, que recaen en: el niño o la madre, la vida y la libertad.
- Crear centros de orientación y ayuda a las mujeres embarazadas, proporcionándoles controles médicos periódicos y la atención necesaria si su caso es especial.
- Crear centros de orientación e información de los métodos anticonceptivos más usuales al que tengan acceso todos los jóvenes (por ejemplo, si hay teléfonos de líneas eróticas, podría también utilizarse un teléfono gratuito pro-ayuda juvenil).
- Condenar y castigar las discriminaciones por razón de sexo, especialmente de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez.
- Tipificar y castigar en los códigos penales de los diferentes Estados aquellas conductas que sean constitutivas del delito de aborto, sin que en ningún caso esté justificado, desde el sistema de derechos humanos, la exclusión por parte de la ley penal, en determinados supuestos, de la tipicidad y antijuridicidad de determinadas conductas abortivas.

La exclusión de la responsabilidad criminal puede determinarse perfectamente por el juez penal en el supuesto de la existencia de la eximente del estado de necesidad, sin que sea preciso, en consecuencia, prever en la ley penal determinados supuestos que son perfectamente asumibles dentro de la eximente citada.

Es nuestro deber valorar el derecho a vivir como derecho y no como un deber impuesto.