

EL DELITO CANÓNICO DEL ABORTO. COMENTARIO A UNA RESPUESTA DE LA CPI

I. TEXTO*

Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Authentice Interpretando
Responsiones ad proposita dubia

II

Patres Pontificiae Commissionis Codici Iuris Canonici Authentice Interpretando propositis in plenario coetu diei 19 Ianuarii 1988 dubiis, quae sequuntur, respondendum esse censuerunt ut infra:

1

D. Utrum abortus, de quo in can. 1398, intellegatur tantum de ciccione fetus immaturi, an etiam de eiusdem fetus occisione quocumque modo et quocumque tempore a momento conceptionis procuretur.

R. Negative ad primam partem; affirmative ad secundam.

...

Summus Pontifex Ioannes Paulus II in Audientia die 23 Maii 1988 infrascripto impertita, de supradictis decisionibus certior factus, eas publicari iussit.

II. COMENTARIO

La respuesta de la CPI del 23 de mayo de 1988 sobre el concepto canónico-penal de aborto pretende adaptar el c. 1398 a las actuales circunstancias, ya que este canon, que repite sustancialmente la norma del c. 2350 § 1* del anterior CIC, planteaba varias dudas sobre el exacto concepto canónico de aborto. Las consecuencias de algunas dudas eran graves, máxime teniendo en cuenta que nos encontramos ante una norma penal canónica, materia cuya interpretación debe ser hecha estrictamente¹ y siempre aplicando la ley más

* AAS 80 (1988) 1818.

¹ C. 18.

favorable al reo². Vamos a exponer en este breve comentario algunos datos que ayuden a entender el alcance de esta respuesta.

a) *Antecedentes históricos*

La Iglesia ha venido penalizando prácticamente desde sus inicios la comisión del aborto, variando las sanciones establecidas según las circunstancias subjetivas del que lo realizaba y según la consideración que se tenía del *fetus*. En un primer momento, y con el fin de delimitar canónicamente la sanción, se apela a la distinción entre el 'fetus animado' o 'inanimado': así, por ejemplo, una decretal de Inocencio III del año 1211 reproduce esta distinción, proveniente de los Setenta y vulgarizada por San Agustín, determinando que 'si nondum erat *vivificatus conceptus* ministrare poterit, alioquin debet ab altaris officio abstinere'³. Para la correcta comprensión de este texto, y de otros semejantes que se encuentran en los libros penitenciales, concilios, sínodos, etc., medievales, conviene tener en cuenta que mayoritariamente se creía que el feto estaba 'animado' (es decir: dotado de alma humana) no desde el mismo momento de la fecundación sino más tarde, cuando ya había adquirido una cierta organización: esto sucedía, según la opinión más corriente, hacia el treinta o cuarenta días en el cuerpo masculino, y hacia el sesenta u ochenta días en el cuerpo femenino. De aquí se derivaba que no se incurría en las penas establecidas contra el aborto si el feto no tenía, al menos, ochenta días pues sólo a partir de esta fecha el delito era cierto⁴.

Mucho más cercanos al actual c. 1398 son los textos del magisterio decimonónico. Pío IX, a través de la constitución *Apostolicae Sedis* (1869)⁵, modificó la legislación precedente que databa de Sixto V y Gregorio XIV: mientras que este último castigaba con la pena de excomunión únicamente el aborto de un feto animado, Pío IX prescinde de esta distinción y establece que incurren en la excomunión los que procuran el aborto *effectu secuto* ('procurantes abortum, effectu secuto'). Los comentaristas del texto señalaban los siguientes requisitos para incurrir en esta pena: 'que se procure el aborto y que éste tenga lugar en virtud de los medios empleados a este efecto y no por otra causa accidental... no obsta para contraerla que el feto esté o no animado, ni que el aborto se intente por la misma mujer u otra persona'⁶. Un decreto del Santo Oficio, de fecha 28 de mayo de 1884, se refería a la craneotomía: a la pregunta planteada por el arzobispo de Lyon 'an tuto doceri possit in scholis catholicis licitam esse operationem chirurgicam quam craniotomiam appellant, quando scilicet, ea ommissa, mater et filius perituri sint, ea e contra admissa, salvanda sit mater, infante pereunte?'⁷, se respondió que 'tuto doceri non posse'⁷. Otra carta del 19 de agosto de 1888 al arzobispo de Cambrai extendió la prohibición anterior a 'quamcumque chirurgicam operationem directe occisivam foetus

2 C. 1313.

3 X 5.12.5, 12.

4 J. R. Connery, *Abortion. The Development of the Roman Catholic Perspective* (Loyola University Press 1977); J. Delmaille, 'Avortement', DDC 1 (París, 1935), 1537; J. Gafo, *El aborto y el comienzo de la vida humana* (Santander, 1979); G. Garancini, 'Materiali per la storia del procurato aborto nel diritto intermedio', *Ius* 22 (1975), 395-528; etc.

5 Pío IX, const. *Apostolicae Sedis*, 12 octobris 1869, n.III.2 (*Fontes CIC* 1917, 3, p. 28).

6 F. Gómez Salazar, *Tratado de las censuras eclesiásticas con arreglo a la constitución 'Apostolicae Sedis', expedida en 12 de octubre de 1869* (Madrid, 1875), 131.

7 *Ibid.*, 131-32, defendía con anterioridad su licitud. Cfr. el texto en: *Collectanea Sacrae Congregationis de Propaganda Fide* II (Romae 1907) n. 1618, p. 201.

vel matris gestantis' ⁸. Otra respuesta del 24 de julio de 1895 decía que no era lícito, para salvar a la madre, provocar directamente el aborto, aunque su finalidad fuera la de curar a la madre ⁹. Una nueva respuesta del 4 de mayo de 1898 pretendía fijar una serie de normas de actuación en el parto prematuro para salvaguardar la vida de la madre y la del hijo ¹⁰. Y otra respuesta del 5 de mayo de 1902, a la pregunta de si estaba permitido extraer los fetos ectópicos antes de que el feto fuera viable, respondía así: 'Negative, iuxta decr. 4 maii 1898, vi cuius foetus et matris vitae, quantum fieri potest serio et opportune providendum est: quoad vero tempus, iuxta idem decretum, orator meminerit, nullam partus accelerationem licitam esse, nisi perficiatur tempore ac modis quibus et ordinare contingentibus, matris ac foetus vitae consulatur' ¹¹. Respuesta que no fue publicada oficialmente, ni incluida por P. Gasparri entre las fuentes del CIC y que, según algunos autores, no tenía la aprobación pontificia.

El CIC de 1917 establecía las siguientes penas contra los que procuraban el aborto, *effectu secuto*:

- c. 985, 4.º: la *irregularidad* procedente *ex delicto* para aquellos que descaban recibir las sagradas órdenes y 'voluntarium homicidium perpetrarunt aut fetus humani abortum procuraverunt, effectu secuto, omnesque cooperantes'.
- c. 2350 §1: la pena de *excomuni3n latae sententiae* para los que procuran el aborto, no excluida la madre, si éste efectivamente se realiza.
- c. 2350 §2: la pena de *deposici3n* para los clérigos autores de este delito.

El texto más interesante para nuestro propósito es el c. 2350 §1* puesto que es el antecedente más directo del actual c. 1398. En el citado canon no se daba ninguna definición de aborto, siendo únicamente cierto que quedaba definitivamente olvidada la distinción entre el feto 'animado' e 'inanimado'. La doctrina canónica y moral, sin embargo, daba corrientemente esta definición ¹²: el aborto era la expulsión violenta del vientre materno de un feto humano vivo pero que, por su insuficiente desarrollo (feto inmaduro), no podía vivir separado de su madre. Conviene recordar que, a estos efectos, el feto es considerado como humano desde la fecundación o concepción. No se consideraba como delito de aborto:

- La *ieectio seminis* anterior a la fecundación.
- La aceleración del parto de un feto viable.
- Si el feto ya estaba muerto con anterioridad a la intervención humana.
- Si lo expulsado no era un verdadero feto.
- Tampoco se consideraba como delito de aborto el denominado aborto preterintencional ni el aborto indirecto.

Se requería, en suma, un doble elemento: que fuera expulsado del vientre materno un feto vivo pero inmaduro de forma que no pudiera vivir (no viable) fuera de él.

8 *Fontes CIC 1917*, 4, p. 486.

9 *Fontes CIC 1917*, 4, p. 486.

10 *Fontes CIC 1917*, 4, p. 501.

11 *Collectanea*, o. c., p. 367.

12 F. M. Cappello, *Summa Iuris Canonici in usum scholarium concinnata* vol. 3 (Romae, 1940), 540-41; J. A. Coriden, 'Church Law and Abortion', *The Jurist* 33 (1973), 184-98; J. Delmaille, 'Avortement', art. cit., 1551-53; T. García Barberena, *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, IV (Madrid, 1964), 510-11; O. Giacchi, 'Le norme penali canoniche sull'aborto e la loro fonti', *Ius* 20 (1975), 537-42; H. Noldin - Schönegger, *Summa Theologiae Moralis: de censuris* 34 ed. (Barcelona, 1944), 83-85; E. F. Regatillo, *Institutiones Iuris Canonici*, vol. II 7.ª ed. (Santander, 1964), 604-5; S. Sipos, *Enchiridion Iuris Canonici...* 7.ª ed. (Roma, 1960), 394.

Algunas actuaciones sobre el feto, muy semejantes al aborto, no eran consideradas como tales por la doctrina más común: la craneotomía, la embriotomía y otras operaciones análogas, realizadas para matar al feto, eran calificadas de homicidios, no de abortos. Tal situación era paradójica: la pena canónica establecida para el delito de homicidio, c. 2354*, era menor que la fijada para el aborto, puesto que el legislador canónico presumía que ya estaba suficientemente penalizado por el legislador civil (c. 2223 §3, 2.º-3.º*). Pero una tal presunción poco a poco fue cayendo: la craneotomía, embriotomía, etc., han ido siendo despenalizados, amén de la intrínseca dificultad de castigar un delito generalmente oculto. La paradoja era manifiesta: mientras que el aborto era penalizado canónicamente muy severamente, otras actuaciones similares a las abortivas pero más graves no lo eran.

No es de extrañar, por consiguiente, que algunos autores se opusieran a esta interpretación: M. Conte a Coronata, v. g., se hacía eco de esta inquietud: 'Quaestio fieri potest decia utrum operatio quae embryotomia aut craniotomia nominis subiaceat. Auctores fere omnes tam antiqui quam moderniores docent craniotomiam et embryotomiam non venire nomine abortus et has operationes facientes aut procurantes non subiaccere poenis hoc canone statutis'. Tesis que él no compartía por, al menos, las siguientes razones:

- a) Tenía su origen en una noción de aborto la citada anteriormente que no es clara: 'etiam in traditionali notione abortus non dicitur necessario foetus debere esse vivum post extractionem. Indifferens autem videtur utrum foetus occidatur ante extractionem an postea'.
- b) Parece que hay más malicia en la muerte que se hace directamente en el útero que en permitir que se siga la muerte, después de la extracción, que no se pretende directamente: 'elementa proinde delicti videntur aeque existere in abortu doloso quam in abortu artificiali seu in craniotomia et embryotomia'.
- c) El que la ley penal sólo alcance al aborto o expulsión de un feto humano vivo, y no a la craneotomía, es inmoral: 'per ipsam (ley penal) enim excitatur medicus, ad poenam vitandam, ad malum gravius scilicet ad craniotomiam, qua foetus sine baptismo moritur, dum in abortu libidinoso foetus vivens e ductus saltem baptismo ablui posset. Iam certe iustum esse nequit poenam statuere pro delicto minori, ad quam ipsam poenam evitandam delinquens viam habet apertam committendo delictum gravius.'

Y terminaba con esta doble conclusión: 1) En la craneotomía, embriotomía y operaciones quirúrgicas similares están los elementos del delito de aborto, por lo que no hay ninguna razón para que, los que realizan tales acciones, queden exentos de las penas previstas en el c. 2350 §1: 'non obstante igitur communiori doctrina auctorem, affirmandum censeo etiam craniotomiam, embryotomiam et alias similes operationes cadere sub sanctionibus contra abortum statutis'; 2) Propugnaba una nueva definición de aborto para evitar dudas: 'abortus melius quam immaturi foetus humani ex utero matris eiectionem definiri posse sicut definiunt poenalistae civiles, violentam interruptionem processus physiologici maturationis foetus'¹³.

13 M. Conte a Coronata, *Institutiones iuris canonici ad usum utriusque cleri et scholarum*, 4: de delictis et poenis (Taurini, 1935), 460-61. J. Hollweck, en su *votum* de 1909 sobre el CIC de 1917, había propuesto el siguiente canon penal sobre el aborto: 'c. 211: Procurantes quocumque tempore praegnationis abortum effectu secuto subiaceant ipso iure excommunicationi latae sent. Episcopo reservatae et poenis homicidii. Iisdem poenis subiaceant consentientes, consulentes et opem

Tampoco X. Wernz y P. Vidal estaban conformes con las consecuencias que, en el ordenamiento penal canónico, se sacaban de la definición del aborto: 'Qui foeticidium decían per craniotomiam, embryotomiam, aut aliud simile medium patrent homicidium committunt et poenas homicidii profecto contrahunt. Plures tamen DD. ante et post Codicem, negant in tali casu committi abortum et poenas incurri canonis 2350, 1.' Opinión que no compartían por las siguientes razones:

- a) Quien mata al feto en el útero de la madre, para que posteriormente aquél sea extraído, en nada difiere del que mata al feto por una extracción o expulsión a la que necesariamente sigue la muerte: 'immo maior est malitia in occisione quae fit directe in utero quam in permissione mortis foetus, quae permittitur per extractionem quin directe intendatur. Malitia abortus venit ex morte foetus etiam mere permissa seu non directe intenta, quamvis cognoscatur directe et necessario conexa cum actione quae ponitur circa foetum; quae profecto habetur in directe intenta occisione, licet haec sicut prior, ordinetur ad eundem finem. Tale foeticidium re et intentione est verus abortus.'
- b) Una ley que castiga el delito de expulsión del feto vivo (que una vez fuera del útero materno puede ser bautizado) y no castiga su matanza en el útero para que de ahí se extraiga muerto (y por consiguiente sin ninguna posibilidad de bautizarlo) no es razonable ni equitativa: 'quae in eadem specie delicti, minus delictum puniret, graviori relicto impunito. Porro talis lex apertam relinqueret viam committendi illud delictum gravius ad evitandam poenam delicti levioris, in eadem specie delicti; quod etiam in lege poenali, praesertim ecclesiastica, admitti non potest...'¹⁴.

Pero, a pesar de estas críticas, la doctrina más común de los canonistas retuvo la noción tradicional de aborto: éste era definido como la expulsión del feto vivo pero no viable. No se tenían en cuenta ni las sensatas críticas planteadas sobre la craneotomía y embriotomía, ni mucho menos los nuevos problemas planteados en este campo por los avances de la biogenética.

b) *El canon 1398*

Se entiende por ello más fácilmente la redacción del actual c. 1398 que, sustancialmente, repite el texto del CIC anterior. El esquema de 1973 decía así: 'Qui abortum procurat, in latae sententiae interdictum incurrit, et, si sit clericus, etiam in suspensionem'¹⁵. Dos observaciones principales se hicieron a este texto:

- 1.^a Se pidió que se diera una definición de aborto. Pero se respondió que 'consultores non vident rationem huius definitionis, cum doctrina catholica sit clara hac in re'.
- 2.^a Se solicitó, igualmente, que la pena establecida fuera *ferendae sententiae*. Se prefirió mantener la pena *latae sententiae* 'alioquin omni efficacia privaretur, cum multi casus aborti sint occulti'¹⁶.

praestantes', cfr. J. Vismara Missiroli-L. Musselli, *Il processo de codificazione del diritto penale canonico* (Padova, 1983), 225.

14 X. Wernz - P. Vidal, *Ius canonicum, V: ius poenale ecclesiasticum* (Roma, 1937), 517.

15 PCR, *Schema documenti quo disciplina sanctionum seu poenarum in Ecclesia latina denuo ordinatur* (Città del Vaticano, 1973), c. 71.

16 *Communicationes* 9 (1977), 317.

Posteriormente, sin embargo, se aceptó tanto la inclusión de la cláusula *effectu secuto*, que parece dar al texto una mayor seguridad y objetividad canónica, como el mantenimiento de la pena canónica de la excomunión: ‘nam mutatio vocabuli hodiernis temporibus quibus crimen abortus in toto mundo semper maiores dimensiones assumit, minime opportuna videretur’¹⁷. V. De Paolis, muy certeramente, ha hecho notar lo siguiente a raíz de la respuesta dada sobre la claridad de la definición del aborto: ‘Quoad hoc responsum, dicendum videtur quod sine dubio datur doctrina clara circa illicitatem moralem abortus, et etiam quod sit delictum homicidii. Sub tamen aspectu poenali, distinctio ponitur inter homicidium in genere, et homicidium quod appellatur abortus. Immo definitio quodammodo erat necessaria, si ius poenale Ecclesiae volebat notionem abortus communem apud Auctores mutare. Sed problema fortasse non sufficienter consideratum est. Coetus, sequens criterium generale praetermittendi “definitiones aliaque, quae ad doctrinam magis quam ad legislatoris pertinent officium”, noluit definitionem abortus dare. Exinde dubia que mota sunt post novum Codicem publici iuris factum, sive apud Pastores animarum, sive apud canonistas, qui de hac re scripserunt’¹⁸.

Tales dudas, efectivamente, surgieron. Conviene recordar que el aborto generalmente es definido en la doctrina como la expulsión del embrión o del feto vivo no viable (es decir: inmaduro), que no puede subsistir fuera del útero materno. El aborto se dice *espontáneo* cuando este hecho o la interrupción del embarazo sucede por causas naturales sin la libre y deliberada intervención humana. Se le llama *provocado* o *procurado* cuando se debe a la libre intervención del hombre. Este aborto es el único considerado por la moral y el derecho, ya que sólo él es imputable a la persona humana. Este último, a su vez, suele denominarse *terapéutico* (cuando la continuación del embarazo pone en peligro la vida de la mujer gestante o, de forma general, su salud física o mental), *eugenésico* (cuando existe el riesgo, y a veces la certeza, de que el nuevo ser va a nacer con anomalías o malformaciones congénitas), *humanitario* o *ético* (cuando el embarazo ha sido consecuencia de una acción violenta, p. e., la violación), *psicosocial* (cuando el embarazo resulta ‘no deseado’ por diversas razones de carácter social o psíquico)¹⁹.

Pues bien: la definición más comúnmente aceptada del delito canónico de aborto, según hemos visto, no estaba exenta de contradicciones y dificultades para su aplicación a las nuevas técnicas abortivas: las varias formas de occisión directa del embrión o del feto en el útero materno (v. g., la craneotomía, embriotomía, feticidio, eliminación del feto por aspiración, etc.), las nuevas posibilidades de intervención humana sobre embriones fecundados, etc., escapaban a la estricta definición y calificación canónica penal de aborto y, por ello, también a la pena de excomunión *latae sententiae*.

Ya algunos comentaristas no dejaban de señalar éstas y otras incongruencias, al tiempo que proponían una nueva definición de aborto procurado o provocado más adecuada para el actual momento. L. Ciccone, v. g., propuso que por aborto se debía entender la supresión o, mejor aún, la occisión deliberada y directa de un ser humano, normalmente realizada en la fase inicial de su vida comprendida entre la fecundación y el nacimiento²⁰. A. Molina Meliá, después de exponer diferentes opiniones de los canonistas sobre esta materia, se alineaba con los partidarios de una nueva definición canónica del

17 *Communicationes* 16 (1984), 50-1.

18 V. de Paolis, ‘Responso Commissionis iuri canonico authentice interpretando’, *Periodica* 78 (1989), 281-82.

19 M. Vidal, ‘El ABC del aborto. Pequeño ‘diccionario’ para clasificar los conceptos’, *Vida Nueva* 1367 (26 febrero 1983), 371-73.

20 L. Ciccone, ‘Il confessore e l’aborto’, *Palestra del Clero* 60 (1979), 887-89; El mismo, ‘Non uccidere’. *Questioni di morale della vita fisica* (Milano, 1984), 145-48.

delito de aborto: 'A mi modo de ver debe aceptarse esta definición. Al dar la definición más común, los autores querían señalar que la malicia del aborto estaba no en la expulsión de cualquier feto, sino de un feto vivo y no viable... Hay voluntad occisiva y malicia abortiva en todos los casos'²¹. También V. De Paolis abogaba por una nueva definición canónica penal de aborto (el delito de aborto 'habetur ubi datur procuratio, id est, deliberata voluntas procurandi *eiectionem foetus vivi sed non vitalis vel mortem ipsius foetus in sinu materno*): 'Sed praesertim hodie distinctio inter fetucidium et abortum iam sustineri non amplius potest, si media moderna ad abortus procurandos consideramus. Ceterum non amplius videtur dari ratio distinctionis, saltem si consideramus foeticidium ut medium abortivum et abortum ipsum...'²².

Hay que confesar, sin embargo, que la mayor parte de las breves anotaciones que se han hecho hasta el momento presente sobre el c. 1398 apenas si han profundizado en esta problemática: J. Arias dice que 'este delito (el de aborto consumado) se comete siempre que se realiza una acción dirigida directamente a matar un feto vivo — desde el momento de la concepción —, bien en el vientre de la madre, o bien fuera de él, y se consigue su efecto'²³. Th. J. Green se limita a repetir la ya conocida noción: 'All involved in the deliberate and successful effort to eject a non-viable fetus from the mother's womb incur a latae sententiae excommunication'²⁴. E igual tónica mantiene E. García: 'Abortion in general is the expulsion of a human fetus from the womb before it is capable of living separately... In other words, it is a punishable delict when the fetus, not being viable outside the womb, is willfully expelled through human intervention'²⁵. Y así sucesivamente.

c) La respuesta del 23 de mayo de 1988

1) La fase inicial de la vida humana

La reciente respuesta de la CPI se inserta en un contexto científica y magisterialmente ya preparado. Científicamente se parte del supuesto de que la existencia de un nuevo ser vivo comienza a partir del momento de la concepción o fecundación del óvulo por un espermatozoide²⁶. También el magisterio eclesiástico había venido recordando este

21 A. Molina Meliá, 'Estudio jurídico-canónico de la reciente legislación abortista en España', RED 41 (1985), 472.

22 V. de Paolis, *De sanctionibus in Ecclesia. Adnotationes in Codicem: liber VI* (Roma, 1986), 119.

23 *Código de Derecho Canónico. Edición anotada* 4.ª ed. (Pamplona, 1987), c. 1398. Definición que ha sido criticada —creemos que acertadamente— puesto que matar a un feto vivo fuera del vientre materno no es aborto: es infanticidio (Código Penal Español, art. 410). E igual de desafortunada es la siguiente definición dada en 'un informe canónico de fuente calificada' (cercana, parece ser, a la Conferencia Episcopal Española): 'El delito de aborto se comete cuando se realiza una acción dirigida directamente a interrumpir el embarazo cuando el feto no puede subsistir todavía fuera del seno materno, o, dicho con otras palabras, a matar un feto vivo, bien en el vientre de la madre o bien fuera de él, y se consigue el efecto buscado', BOO Badajoz 132 (1985), 370.

24 J. A. Coriden - Th. J. Green - D. E. Heintschel (eds.), *The Code of Canon Law. A Text and Commentary* (New York, 1985), c. 1398.

25 E. García, *Sanctions in the Church according to the 1983 Code of Canon Law* (Manila, 1985), 113-14; P. V. Pinto (a cura di), *Commento al Codice di Diritto Canonico* (Roma, 1985), 821-22; L. Chiappetta, *Il Codice di Diritto Canonico. Commento giuridico-pastorale*, II (Napoli, 1988), 527-28; etc.

26 Sobre ello puede verse: *Informe de la Real Academia Española de Doctores contra la despenalización del aborto*, 25 abril 1983 [*El aborto a examen* (Madrid, 1983), 178, 179]; *Declaración del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España en defensa de la vida humana en su etapa prenatal*, n.II.1 (*El aborto a examen*, o. c., 172, 173); F. Reinoso Suárez - J. L. Velayos Jorge, '¿Cuándo empieza la vida humana?', *El aborto a examen*, o. c., 39, 43. Una exposición y valoración de las teorías

principio básico: ‘Revera se dice en la Declaración de la Congregación para la Doctrina de la Fe de 1974 quaevis vita humana observanda est ex eo ipso tempore, quo generationis processus incipit. Simul atque ovum foecundatum est, iam inchoata est vita, quae neque patris neque matris est, verum novi viventis humani, qui propter se ipsum crescit. Is numquam humanus fiet, nisi iam tunc talis fuit. Scientia genetica recentioris temporis praeclare confirmat has res, quae manifesto semper patuerunt... Ipsa videlicet demonstravit iam a primo momento adesse fixam structuram seu programma geneticum huius viventis: hominem nempe, et quidem hunc hominem individuam, omnibus suis notis propriis praefinitisque iam ornatum. Ab ipsa fecundatione uniit mirificus cursus cuiusdam vitae humanae, cuius singulare potentes facultates tempus poscunt, ut recte ordinentur atque ad agendum praeparentur... Ex ratione vero morali hoc constat: etiamsi forte dubitetur si tunc fructus conceptionis iam persona humana, obiective iam grave peccatum est se committere in periculum homicidii faciendi...’²⁷.

Y más recientemente, la misma Congregación recordaba idénticas ideas en la Instrucción *Donum fidei*, de 22 de febrero de 1987: en dicho documento, sobre el que volveremos más adelante, se recordaba el carácter inviolable del derecho a la vida que goza la criatura humana inocente ‘a conceptus momento usque ad mortem’ en cuanto que es signo y postulado del mismo carácter inviolable de la persona, a la que el Creador le ha otorgado el don de la vida²⁸; se establece como principio básico que al ser humano como persona se le debe respetar desde el primer momento de su vida ‘por lo que el fruto de la generación humana, desde el primer momento en que comienza a existir, esto es: desde el momento en que se incoa la formación del cigoto, exige aquel absoluto respeto que, según la ley moral, se debe al hombre en su totalidad corporal y espiritual’²⁹; y se concluye reafirmando, una vez más, que el derecho a la vida y a la integridad física ‘quo unaquaeque creatura humana gaudet a conceptionis momento usque ad mortem...’ es uno de los derechos fundamentales de toda persona humana que, como tal, debe ser tutelado absolutamente por todos los poderes públicos³⁰. El magisterio de los obispos, lógicamente, también ha reafirmado estas mismas ideas: ‘Esta doctrina —decían los obispos españoles en 1974— debe aplicarse a todas las etapas del ser humano todavía no nacido. El proceso embrionario es un proceso continuo en el que, desde el principio, estamos ya ante una realidad humana... Es un proceso lineal que el hombre no puede

biológicas y morales acerca del comienzo de la vida humana: J. Gafo, *El aborto y el comienzo de la vida humana* (Santander, 1979); El mismo, ‘Iglesia y aborto. Ética y comienzo de la vida’, *El aborto a examen*, o. c., 77-90.

²⁷ Congregatio pro Doctrina Fidei, ‘Declaratio de abortu procurato’, 18 novembris 1974, AAS 66 (1974), 730-47, nn. 12-13.

²⁸ Congregatio pro Doctrina Fidei, ‘Instructio de observantia erga vitam humanam nascentem deque procreationis dignitate tuenda’, 22 februarii 1987, AAS 80 (1988) *praenotanda*, n. 4, pp. 75-6.

²⁹ Ibid. I, 1, p. 79, que añade: ‘Creatura humana ut persona observanda atque tractanda est inde ab eius conceptione, ac propterea ab illo temporis momento ipsi agnoscenda sunt iura personae, quorum primum recensetur ius inviolabile ad vitam, quo unusquisque creatura humana innocens gaudet...’

³⁰ Ibid. III: *De re morali ac civili lege*, pp. 98-9: ‘Inter haec fundamentalia iura, ad rem quod attinet, recolere oportet: a) ius ad vitam et ad corporis integritatem, quo unaquaeque creatura humana gaudet a conceptionis momento usque ad mortem... in variis Nationibus nonnullae leges latae sunt, quibus rata habetur directa occisio innocentium: cum lex civilis cuidam hominum coetui praesidium aufert, quod lex praebere debet, eo ipso tunc respublica negat omnium civium aequalitatem coram lege. Cum respublica vim suam non adhibet ad iura uniuscuiusque civis tuenda, maxime debiliorum, tunc labefiunt ipsa fundamenta Civitatis legitime constitutae... Ex observantia atque tutela quae nascituro debentur, inde a conceptionis momento, consequitur ut lex congruas poenas praevideat contra quamlibet violationem iurium ipsius...’

artificialmente interrumpir sin atentar gravemente contra el respeto debido a la vida humana'³¹.

Las dudas planteadas sobre el concepto canónico penal del aborto no afectaban a la cuestión sobre la licitud moral o no del aborto —tema en el que no hay ninguna duda, según hemos apuntado anteriormente— sino que eran típicamente canónicas: cuál era la definición o el concepto exacto del delito de aborto en el derecho penal canónico a tenor del c. 1398. Las dudas, más en concreto, giraban sobre si determinadas actuaciones sobre el feto debían ser consideradas como *aborto* o como *homicidio*. Las consecuencias de una u otra calificación en el derecho penal canónico son distintas:

- a) El homicidio, a tenor del c. 1397, está castigado con una pena preceptiva ('puniatur'): más en concreto con las denominadas penas expiatorias contenidas en el c. 1336. El c. 1370, por otra parte, prevé unas penas más graves cuando la persona que recibe la agresión física es el Romano Pontífice, un obispo, un clérigo o un religioso.
- b) El aborto está penalizado con la excomunión *latae sententiae* (c. 1398).

Las diferencias son claras: mientras que en el caso del aborto se incurre en la máxima pena canónica y además *ipso facto* por la misma comisión del delito, teniendo en cuenta lógicamente las circunstancias de los cc. 1322-1324 §1, en el caso del homicidio la pena establecida es menor y sólo obliga al reo desde que le ha sido impuesta por el juez o el superior (c. 1314). No acaban aquí las diferencias: el c. 1344, 2.º, concede al juez la facultad de 'abstenerse de imponer la pena, o imponer una pena más benigna o una penitencia, si el reo... ya ha sido suficientemente castigado por la autoridad civil o se prevé que lo será'³². La distinción canónica en la penalización de ambos delitos, que no supone una discriminación moral: ambos son gravemente ilícitos, puede parecer razonable en tanto en cuanto que el homicidio es castigado por los ordenamientos penales estatales mientras que el aborto suele estar despenalizado en muchos países. De aquí que la legislación eclesiástica se fija especialmente en el delito del aborto.

Sucede, sin embargo, que la realidad introduce algunas pequeñas variaciones que distorsionan este perfecto cuadro teórico: algunas actuaciones abortivas, o para-abortivas, podían ser calificadas canónicamente como de homicidios con lo que penalmente se verían encuadradas en el c. 1397. Pero tales actuaciones no son calificadas como de homicidio en los ordenamientos jurídicos seculares sino, a lo máximo, de abortivas. La consecuencia de esta distorsión era que, canónicamente, se penalizaban algunas actuaciones abortivas con la pena de excomunión *latae sententiae* y otras no, sin ninguna razón aparente para una tal diferenciación. Ciertamente que el ordenamiento canónico penal ofrece a

31 Comisión Episcopal para la Doctrina de la Fe, 'Nota sobre el aborto', 4 octubre 1974, n. 12; Conferencia Episcopal Española, 'Matrimonio y familia hoy', 6 julio 1979, n. 99; Comisión Permanente, 'Ante la despenalización del aborto', 5 febrero 1983, n. 6; etc. Cfr. G. Caprile, *Non uccidere. Il Magistero della Chiesa sull'aborto* (Roma, 1973); G. Concetti, *Il diritto alla vita. Alternative all'aborto* (Roma, 1983); Z. Herrero, *El aborto. Los obispos se pronuncian* (Valladolid, 1986); etc.

32 El coetus de codificación, a la propuesta de penalizar canónicamente otros varios delitos, respondió así: 'Consultores, post attentam considerationem harum propositionum, unanimiter agnoscunt talia delicta recenseri non posse in iure poenali canonico, sive quia iam damnantur et puniuntur a iure civili, sive quia Ecclesia caret mediis pro apta inquisitione; ceteroquin illa delicta clare et frequenter reprobantur in diuturno opere magisterii Ecclesiae. Aliquis Consultor animadvertit in iure poenali canonico proprie recensenda esse delicta quae puniri debent ad tuendum ordinem socialem Ecclesiae; nam alia delicta sufficienter persequitur et punit lex civilis. Quapropter Consultores alia pauca delicta, praeter illa iam in schemate recensita, seligunt ut poenae contra ipsa statuuntur in lege generali Ecclesiae', *Communicationes* 9 (1977), 318.

la legislación particular (cc. 1315-1319; 1399) los medios suficientes para imponer las sanciones que estime convenientes: pero no conocemos ninguna actuación en este sentido. Las nuevas formas, además, de intervención artificial en la reproducción de la vida humana creaban situaciones nuevas a las que era necesario dar una clara respuesta: 'Estimo decía el profesor A. Molina Melià que ante estas innovaciones biogenéticas hay que ir pensando bien en dar una noción de aborto omnicompreensiva de toda lesión fetal extra o intrauterina contra el óvulo fecundado o en tipificar delitos nuevos'³³.

2) *Las técnicas de fecundación humana no natural*

Los progresos realizados por la biomedicina sobre las técnicas de fecundación humana no natural (Inseminación Artificial, Fecundación 'in vitro' y Transferencia de Embriones, etc.) han planteado nuevos problemas morales y canónicos. Recientemente, como decíamos antes, la Congregación para la Doctrina de la Fe publicó la Instrucción *Donum fidei* sobre este tema³⁴. Dada la estrecha relación que tiene con el tema del aborto y su promulgación con anterioridad a la Respuesta de la Comisión que estamos comentando, vamos a exponer sucintamente los datos que tienen más relación con el aborto. Uno de los pilares fundamentales de la Instrucción es el absoluto respeto a la naciente vida humana: de aquí que, aplicando los mismos principios que en el caso del aborto, proclame que 'viventi humano, uti personae, observantia debetur inde a primo eius vitae momento', por lo que 'embryon ut *persona tractandus est*, inde sequitur ut ei debeat etiam suae integritatis defensio, idemque curandus ac sanandus sit sicut quilibet homo, quantum fieri potest, in ambitu medicae assistentiae'³⁵.

Fijado el principio básico de que el embrión (o cigoto, es decir la célula surgida de la fusión de dos gametos) es una persona humana la Instrucción reitera la misma idea en dos ocasiones sucesivas, al menos: el embrión humano debe ser protegido como la persona humana que es y la licitud moral de algunas actuaciones específicas sobre él dependerá principalmente de esta garantía³⁶. Otra consecuencia, y no menor que las anteriores, es

33 A. Molina Melià, 'Estudio jurídico-canónico', art. cit., 472-73.

34 Congregatio pro Doctrina Fidei, 'Instructio de observantia erga vitam humanam nascentem deque procreationis dignitate tuenda', 22 februarii 1987. Comentarios sobre la misma: A. Chapelic, 'Pour lire "Donum vitae"', NRTh 109 (1987), 481-508; F. Covi, 'L'istruzione "Donum vitae" e la condanna della FIVET omologa simple case', *Laurentianum* 28 (1987), 328-56; F. J. Elizari - M. Rubio - M. Vidal, "'El don de la vida": comentarios teológico-morales a la Instrucción de la Santa Sede', *Moralia* 9 (1987), 239-347; J. Gafo, 'El documento vaticano sobre bioética', *Razón y Fe* 213 (1987), 461-71; C. Lega, 'Riflessi giuridici e deontologici nella "Instruzione su il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione"', *Medicina e Morale* 37 (1987), 799-816; E. López Azpitarte, "'El respeto a la vida humana y la dignidad de la procreación"', *Sal Terrae* 75 (1987), 315-24; El mismo, 'El don de la vida: luces y sombras de un documento', *Proyección* 35 (1987), 211-26; S. Leone, 'La FIVET omologa nell'"istruzione" su questioni bioetiche', *Rivista di Teologia Morale* 19 (1987), 47-59; G. Perico, 'L'istruzione vaticana "Donum vitae". Lettura e annotazioni', *Aggiornamenti Sociali* 38 (1987), 415-32; R. M. Ramírez Navalón, 'Reflexión sobre la Instrucción "Donum vitae" en relación con algunos informes civiles', REDC 44 (1987), 577-90.

35 Instructio, n. 1, 1, p. 79. La misma Instrucción, previamente, había hecho esta aclaración terminológica, sumamente ilustradora: "Voces "zygotum", "prae-embryon", "embryon", "fetus" iuxta usum in disciplina biologica receptum, indicare possunt succedentia tempora in viventis humani processu ad suam maturitatem assequendam. Haec Instructio libere his vocibus utitur, *eis tribuens eandem ethicam aestimationem ad significandum fructum, vitae autonomae capacem vel non, generationis humanae, a primo eius vitae momento usque ad nativitatem*", p. 71, nota.

36 V. g., el diagnóstico prenatal: 'Si diagnosis praenatalis tuetur vitam integritatem embryonis et fetus humani atque spectat ad singulum embryonis servandum et curandum, responsio est affirmativa (moraliter licita)', n. 1, 2; la *intervención terapéutica* en el embrión humano es lícita en estas condiciones: 'Sicut quilibet artis medicae interventus in acgrotis, ita interne, *ut embryones vitam*

que la vida del embrión humano debe ser debidamente tutelada por los ordenamientos jurídicos: 'Ex observantia atque tutela quae nascituro debentur, inde a conceptionis momento, consequitur ut lex congruas poenas praevideat contra quamlibet deliberatam violationem iurium ipsius. Lex tolerare non poterit —immo expresse vetare debet— creaturas humanas, licet in statu embryonis viventes, tamquam res tractari experimentis obnoxias, mutilari vel destrui, praetextu allato eas superfluas esse aut ineptas ad maturitatem rite assequendam'³⁷.

Las consecuencias, para nuestro tema, parecen claras:

La *eliminación* de un óvulo fecundado o embrión humano, dentro o fuera del útero materno, *se equipara moralmente al aborto*³⁸. Equiparación que se extiende también a los embriones obtenidos 'in vitro' ('Embryones humani in vitro producti habendi sunt creaturae humanae et iuris capaces: eorum dignitas eorumque ius ad vitam observanda sunt inde a primo eorum vitae momento') por lo que la consecuencia es clara: 'Modus, quo communiter fecundatio in vitro obtinetur, non sinit ut omnes embryones in corpus mulieris transferantur; eorum nonnulli interficiuntur. Quare Ecclesia, sicut abortum procuratum damnat, ita etiam prohibet, ne vita harum humanarum creaturarum attentetur. Conscientiae officium postulat, ut palam denuntietur peculiaris gravitas voluntariae interfectionis embryonum humanorum, qui in vitro obtenti sunt ad solum investigationis finem, ope sive fecundationis artificialis, sive 'fixionis gemellaris', quam vocant. Hac agendi ratione investigator se in locum Dei substituit atque, licet inconscius, se efficit dominum aliorum sortis, quippe qui arbitrato suo decernat quis vivat et quis morte afficiatur, idemque creaturas humanas interficiat, quae defensione carent'³⁹.

Idénticos principios se aplican a las distintas formas de la reproducción humana no natural: a la *fecundación o procreación artificial heteróloga*, esto es: las técnicas ordenadas a obtener artificialmente una concepción humana a partir de gametos ordenados de al menos un donador diverso de los esposos unidos en matrimonio, que pueden ser: a) *FIVET* (=fecundación del óvulo 'in vitro' y traslación del embrión) *heteróloga* (concepción humana a través de la unión in vitro de gametos extraídos de al menos un donador diverso de los dos esposos unidos en matrimonio), y b) *Inseminación artificial heteróloga* (concepción humana mediante la transferencia a las vías genitales de la mujer del semen previamente

integritatemque observent, ne secumferant pericula haud proportionata sed spectent ad morbi curationem, ad salutis statum in melius mutandum et ad ipsius singularis fetus superstitem vitam in tuto ponendum', n. 1, 3; lo mismo sobre la *investigación médica* ('Medica investigatio abstinere debet ab interventibus in embryonibus viventibus, nisi certitudine morali constet nullum damnum neque vitae neque integritati nascituri ac matris inde oriturum') y los *experimentos* ('Si embryones vivunt, vitae autonomae capaces vel non, illa observantia eis adhibenda est, quae humanis personis detur; experimenta non directe therapeutica in embryonibus illicita sunt'), n. 1, 4; etc.

37 Instructio, n. III, p. 99. Sobre todo ello: M. Vidal, 'El "estatuto" antropológico del embrión', *Moralia* 9 (1987), 297-312.

38 Equiparación que llega hasta el respeto que se les debe dar una vez muertos: 'Ad embryonum vel fetuum cadavera, voluntarie abortiva vel non, eadem spectat observantia, quae ceterorum mortuorum hominum exuviis adhibetur. Speciatim non licet haec cadavera mutilationibus aut autopsiae subicere, nisi certo constet de morte ac nisi praevius habeatur parentum aut matris consensus. Praeterea, semper salva legis moralis praescriptio esse debet, quae excludit quamlibet cum abortu voluntario societatem et scandalis periculum. Etiam cum agitur de fetibus mortuis, valent ea quae de adultorum cadaveribus praescribuntur, ac propterea quaevis commercii forma illicita est et prohiberi debet', n. I, 4, p. 83.

39 Instructio, n. I, 5, p. 83.

recogido de un donador diverso del marido)⁴⁰; a la *fecundación o procreación artificial homóloga*, esto es: las técnicas dirigidas a lograr la concepción humana a partir de los gametos de dos esposos unidos en matrimonio, que pueden ser: a) *FIVET homóloga* (concepción humana mediante la unión in vitro de gametos de los esposos unidos en matrimonio), y b) *Inseminación artificial homóloga* (concepción humana mediante la transferencia a las vías genitales de una mujer casada del semen previamente tomado del marido)⁴¹; a la *maternidad sustitutiva*⁴² o subrogada; etc. A todas estas situaciones la Instrucción les aplica los principios ya citados sobre los embriones humanos: ‘Usus enim invalescens fecundationis in vitro effecit ut innumerac habitae sint fecundationes et destructiones embryonum humanorum... Talis voluntaris creaturarum humanarum clades, aut etiam illarum ad diversa usus, cum detrimento earum integritatis ac vitae, *abhorret omnino a doctrina quae memorata iam est, cum de procurato abortu est pertractatum...*’⁴³.

3) *El concepto canónico de aborto (c. 1398)*

La respuesta de la CPI se debe insertar, creo, en este nuevo contexto doctrinal. La duda planteada se ciñe a la definición canónico-penal del aborto: es decir, a qué hechos o actuaciones se aplica el c. 1398. La respuesta desecha la primera parte de la duda (‘tantum de ciecctione fetus immaturi’), que era la interpretación más comúnmente aceptada en la doctrina canónica, y acepta la segunda: ‘abortus, de quo in can. 1398, intellegatur... etiam de eiusdem fetus occisione quocumque modo et quocumque tempore a momento conceptionis procuratur’. Se ha producido, por consiguiente, una ampliación canónico-penal del concepto de aborto referente al *modo y cuándo* del mismo: existe delito de aborto cuando se mata a un feto humano, cualquiera que sea la forma de hacerlo y el momento en que se realice, desde la concepción hasta el parto.

¿Han quedado solventadas todas las dudas con esta respuesta? Antes de responder a esta pregunta, conviene que caigamos en la cuenta que la duda principal reside en calificar canónicamente unas actuaciones de *homicidio* o de *aborto*, que es un tipo específico de homicidio, con las consecuencias canónico-pastorales anteriormente citadas.

F. J. Herrera Jaramillo, después de analizar diferentes nociones jurídicas de aborto, da la siguiente suya: ‘es la provocada y dolosa interrupción del embarazo de la madre, cuando el feto no es viable, causando la muerte de éste’⁴⁴. Este autor señala tres elementos fundamentales para que jurídicamente exista el delito de aborto: a) la

40 Instructio, p. 86, nota.

41 Ibid.

42 Ibid., p. 89, nota. Por tal hecho, la Instrucción entiende: ‘a) La mujer que lleva la gestión de un embrión implantado en su útero que le es genéticamente ajeno, obtenido mediante la unión de gametos de “donadores”, con el compromiso de entregar el niño, inmediatamente después del nacimiento, a quien ha encargado o contratado la gestión; b) La mujer que lleva la gestión de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio fecundado mediante la inseminación con el esperma de un hombre diverso de su marido, con el compromiso de entregar el hijo, después de nacer, a quien ha encargado o contratado la gestación.’

43 Instructio, n. II, pp. 85-6. Comparación con el aborto que la Instrucción recuerda en otros lugares: ‘Iam supra dictum est methodum FIVET, uti peragitur in communibus rerum adiunctis, secumferre creaturarum humanarum interfectionem, *quod quidem doctrinae iam memoratae de abortus illicitate adversatur*. Attqamen, etiamsi omnes adhibeantur cautiones ad embryonum humanorum mortem vitandam... *Natura igitur propria methodi FIVET homologae consideranda erit etiam seorsum ab eius nexu cum abortu procurato...* Iisdem de causis, “casus simplex”, quem vocant, scilicet ille procedendi modus methodi FIVET homologae, *in quo prorsus desunt tum praxis abortiva embryones destruendi...*’, pp. 93, 94.

44 F. J. Herrera Jaramillo, *El derecho a la vida y al aborto* (Pamplona, 1984), 272.

provocada y dolosa interrupción del embarazo; 2) la no viabilidad del feto, y 3) la muerte del feto como consecuencia de lo anterior. El segundo de los requisitos enumerados, *la no viabilidad del feto*, es fundamental para distinguir el aborto del parto prematuro y del infanticidio, según este autor: el *parto prematuro* es la interrupción del embarazo cuando el feto ya es viable, esto es ha logrado un grado de desarrollo tal que puede subsistir fuera del útero materno, mientras que en el aborto el feto aún no es viable, todavía necesita de la madre, como dependencia ambiental, para poder vivir. El *infanticidio* tiene lugar cuando el feto ya es viable y se le mata bien en el útero materno, bien fuera de él⁴⁵.

Tal planteamiento, en definitiva, coloca la línea divisoria jurídica entre el aborto y el infanticidio en la viabilidad o no del feto expulsado del útero materno. Aplicada esta distinción al derecho penal canónico, y más en concreto a la respuesta de la CPI que estamos comentando, no deja de plantear algunos interrogantes. V. De Paolis, v. gr., opina que la respuesta no resuelve todos los interrogantes: para él la ‘*questio manet de distinctione inter abortum et homicidium*’. El delito de *homicidio* se tiene solamente ‘*cum agitur de homine nato, vel etiam cum agitur de feto maturo, id est cum occiditur fetus in sinu materno cum per se iam sit maturus et ergo vitalis extra sinum maternum*’. El opina, en consecuencia, ‘*quod abortus respicit semper et tantum foetum immaturum, id est, occisionem fetus non vitalis, sive perimatur in ipso sinu materno, sive extra. Fetus enim maturus, id est vitalis, quamvis adhuc sit in sinu materno, si occiditur videtur venire sub typificatione delicti homicidii et puniri ad normam c. 1397 §1*’⁴⁶. Para este autor, por consiguiente, la línea divisoria entre los delitos canónicos de aborto y homicidio radica en la viabilidad del feto. Si el feto no es viable, y sea cual sea el método y el momento en que se le mate, nos encontraremos ante un delito de aborto. La respuesta de la CPI dirimiría una cuestión de forma (el método empleado para eliminar al feto: ya no se trata *sólo* de la expulsión de un feto inmaduro) pero se seguiría apoyando en el concepto básico de la viabilidad del feto.

El profesor V. de Paolis apoya su argumentación en dos razones: 1) la duda propuesta contemplaba la disputa canónica sobre el concepto del delito de aborto (expulsión del feto vivo no vital *versus* supresión del feto en el útero materno): pero en ambos casos se trataba siempre de un feto inmaduro; 2) la respuesta de la CPI trata ‘*de eiectione fetus immaturi*’ y ‘*de eiusdem fetus occisione*’: pero se trata siempre del mismo feto, esto es del inmaduro. La conclusión, por tanto, es obvia: ‘*oppositio ponitur tantum inter “eiectionem” et “occisionem”*’⁴⁷.

No acabamos de compartir plenamente la tesis del ilustre profesor. Opino como él que la respuesta de la CPI ciertamente viene a aclarar dos cuestiones principales sobre el delito canónico del aborto que no estaban claras en la canonística. La *primera* es que el delito del aborto, a los efectos del c. 1398, se puede realizar tanto por la ‘*eiectione*’ como por la ‘*occisio*’, es decir que la muerte o la eliminación física del feto puede hacerse por cualquier método (*quocumque modo*): los denominados métodos ‘microabortivos’ o

45 Ibid., 273-276. También *médicamente*, en opinión del autor, el punto decisivo para determinar si es aborto o no, es la viabilidad del feto, es decir que pueda subsistir fuera del útero materno: si se interrumpe el embarazo, y el feto es viable, no estamos ante el aborto sino ante el parto prematuro. Pero, si el feto no es viable, y se interrumpe el embarazo, estamos ante el aborto. ‘La distinción entre aborto y parto prematuro... no tiene un límite rígido por los múltiples imponderables que puede haber, pero en medio de esta variabilidad biológica, como referencia convencional se toma la semana 28 del embarazo. Desde la fertilización hasta esa fecha es aborto. Sin embargo, hay una distinción clara entre el aborto provocado y el parto prematuro; distinción que se da en la generalidad de los casos: en el parto prematuro la intención es que el nuevo ser humano nazca y viva, al paso que en el aborto la intención es cegar la vida humana de ese ser’, *ibid.* 266.

46 V. de Paolis, ‘*Responsa Commissionis*’, art. cit., 285.

47 Ibid. 285-286.

'interceptivos' (que interrumpen o hacen imposible la continuación del embarazo en sus primeras fases) tales como los dispositivos intrauterinos (DIU), la denominada píldora del día siguiente, la regulación menstrual a través de la aplicación del método de 'succión' o Karman...; los métodos 'macroabortivos', tales como la aspiración por vacío (mediante un potente efecto de aspiración o succión se vacía el contenido del útero y se destroza el embrión o feto), el curetaje clásico (vaciar el contenido del útero mediante una 'cureta', una especie de cucharilla de bordes cortante), las prostaglandinas, las soluciones hipertónicas, la histerotomía...; los métodos abortivos no médicos, tales como los compuestos tóxicos, las maniobras abortivas realizadas con un instrumental inadecuado (agujas, punzones), etc.⁴⁸. La respuesta de la CPI, creo que acertadamente, insiste en la muerte del feto y relativiza los medios empleados para su logro. El delito canónico penal del aborto es, en definitiva, la muerte del feto voluntariamente provocada, siendo indiferente el medio empleado para lograr este fin. La *segunda* cuestión aclarada hace referencia al momento del embarazo en que tiene lugar el aborto y creo que se supera el criterio de la 'madurez' o 'inmadurez' del feto (esto es, su viabilidad o no fuera del útero materno): la CPI habla de muerte del feto *quocumque tempore a momento conceptionis procuretur...* sin establecer un límite de tiempo. El único fijado parece ser el del parto. Si, como sugiere V. de Paolis, la respuesta siguiera suponiendo la antigua división entre el feto 'maduro' e 'inmaduro' hubiera tenido que hacer una expresa y explícita referencia a ella. Pero no lo hace. Y, por tanto, tampoco nosotros podemos hacerla: el aborto, a los efectos del c. 1398, es la muerte deliberadamente procurada del feto, realizada por cualquier método y en cualquier momento a partir del momento de la concepción o fecundación del óvulo. La distinción entre el homicidio y el aborto, a los efectos canónicos-penales, creo que hay que ponerla en el alumbramiento o parto.

Esta interpretación creo que es más *coherente* con el texto mismo de la respuesta de la CPI, más *objetiva* y segura ya que con los actuales avances de la medicina ¿a partir de qué momento se puede decir que un feto es o no viable fuera del útero materno?, ayuda a contemplar más correctamente los progresos de la biomedicina sobre las diversas posibilidades de intervención en los *embriones humanos*, y, sobre todo, es más *acorde* con las recientes intervenciones del magisterio eclesiástico que no emplea la expresión de 'maduro' o 'inmaduro' para referirse al feto humano sino, sencillamente, el 'fruto de la generación humana, capaz o no de vida autónoma, desde el primer momento de su vida hasta el nacimiento'⁴⁹. Conviene señalar, por otra parte, que el parto prematuro nunca

48 Sobre los diferentes métodos abortivos: J. Gafo, *El aborto ante la conciencia y la ley* (Madrid, 1982), 32-26; F. J. Herrera Jaramillo, *El derecho a la vida*, o. c., 278-89, que entre los mecanismos más usados enumera los siguientes: dilatación y legrado; succión; histerostomía; envenenamiento salino; los métodos antiimplantarios [contraceptivos orales, dispositivos intrauterinos (DIU)...]; etc.; G. G. Grisez, *El aborto. Mitos, realidades y argumentos* (Salamanca, 1972), 159-84.

49 Instructio, p. 71, notas: "Voces "zygotum", "prae-embryon", "embryon", "fetus" iuxta usum in disciplina biologica receptum, indicare possunt succedentia tempora in viventis humani processu ad suam maturitatem assquendam. Haec Instructio libere his vocibus utitur, eis tribuens eandem ethicam aestimationem ad significandum fructum, vitae autonomae capacem vel non, generationis humanae, a primo eius vitae momento usque ad nativitatem." J. M.ª Sanchis, 'L'aborto procurato: aspetti canonistici', *Ius Ecclesiae* 1 (1989) 668 opina, por contra, que aunque estos hechos 'si tratta sen'altro in questi casi dell'uccisione di un feto', sin embargo 'non sono però qualificati quali interventi abortivi, né costitutivi, a nostro avviso, del delitto di aborto...'; A. Marzoa, 'Extensión del concepto penal de aborto', IC 58 (1989) 583-84 es de la misma opinión: 'pero es justamente esa referencia al seno materno lo que creemos que excluye los supuestos de muerte provocada del feto fecundado in vitro...' Interpretación que no compartimos y que el mismo autor reconoce que origina nuevos problemas: en el fondo, en nuestra opinión, se sigue dependiendo de la distinción entre viabilidad y no viabilidad del feto. Conceptos que se deben superar por su

puede ser considerado como aborto si el feto sobrevive: pero no porque éste sea viable sino, sencillamente, porque el delito no se ha consumado a pesar de la intención dolosa del que así actúe. Además si se dijera que el aborto únicamente contempla al feto inmaduro, mientras que el infanticidio hace referencia al feto maduro o vital, nos encontraríamos con las mismas contradicciones penales anteriormente expuestas.

No se dice nada explícitamente en la respuesta acerca de la eliminación o muerte de embriones humanos. Personalmente creo que estos casos se equiparan al aborto según la Instrucción *Donum vitae*: terminológicamente al 'cigoto, al pre-embrión, al embrión y al feto', aunque biológicamente son conceptos diferentes, se les atribuye la misma consideración ética para significar el fruto de la generación humana, capaz o no de vida autónoma, desde el primer momento de su vida hasta el nacimiento. Tienen reconocido, al igual que el feto, un estatuto antropológico, que debe ser tutelado por los ordenamientos jurídicos, y su muerte deliberadamente procurada se equipara al aborto, según indica la citada Instrucción en diferentes lugares. Entiendo, por consiguiente, que la eliminación de los mismos, se encuentren en un útero femenino o en otro lugar, entra dentro del concepto canónico penal de aborto.

d) *Conclusión*

Tales son los aspectos más relevantes de esta respuesta de la CÐI que intenta adecuar el concepto canónico-penal del delito de aborto a las actuales circunstancias. Con ello se amplía su concepto y se consideran como aborto intervenciones occisivas sobre el feto humano que anteriormente no eran consideradas como tales por gran parte de la doctrina canónica, por lo que tales actuaciones quedan encuadradas en el c. 1398. El delito canónico penal del aborto tiene lugar cuando se da la deliberada voluntad de procurar la muerte del feto y ésta, efectivamente, se realiza. Es indiferente el *método* o forma empleada para su realización y el *momento del embarazo* en que tiene lugar: el único requisito es que se consiga deliberadamente la muerte del feto humano entendiéndose por tal la fase inicial de la vida de un ser humano comprendida desde el primer momento de su vida hasta su nacimiento viable. Concepto que, en nuestra opinión, también se aplica a los embriones humanos que son utilizados para las diferentes técnicas de la fecundación humana no natural. Los demás aspectos que configuran el delito canónico penal el aborto, así como la aplicación de la pena prevista en el c. 1398, quedan inalterados. Finalmente, hay que hacer notar que la naturaleza doctrinal de la respuesta, su entrada en vigor y su carácter irretroactivo es la usual en este tipo de decisiones canónicas.

Federico R. Aznar Gil,
Universidad Pontificia de Salamanca