

MENORES Y ABORTO

FUNDAMENTACIONES JURIDICO-ÉTICAS SOBRE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN LA MUJER.



Autor: José María Alba Baena.

Octubre de 2022



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).



AUTOR Y EDICIÓN:

©José María Alba Baena

Policía Local Rute (Córdoba)

Nº de Depósito Legal: RTA-114-23

Esta obra ha sido registrada en el registro de la propiedad intelectual de Andalucía, bajo la licencia "Creative Commons Attribution-Non Commercial-Compartirigual 4.0 Internacional.

COLABORA Y DISTRIBUYE



Unión Sindical de Policía Local y Bomberos de España

Esta publicación electrónica se divulga y distribuye con la colaboración de USPLBE, Unión Sindical de Policía Local y Bomberos de España, con la intención de reciclar y perfeccionar en esta materia a los diferentes Policías Locales de España. Se publica como publicación electrónica en la página web de la USPLB, www.usplbe.es, en la sección publicaciones de interés policial, estando disponible para su visualización e impresión de cuantos usuarios interesados en sus contenidos.

© Reservados todos los derechos del Autor, queda prohibida cualquier copia total o parcial de esta obra para su inclusión en otras publicaciones, salvo autorización expresa de su autor. Queda autorizada su impresión y difusión por cualquier tipo de medio.



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-Compartirigual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

INTRODUCCIÓN.

1. EL ABORTO.

- 1.1. ¿QUÉ ES EL ABORTO?
- 1.2. ALGUNOS DATOS SOBRE EL ABORTO
- 1.3. ABORTO Y CÓDIGO PENAL.

2. DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO.

- 2.1. PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MINIMA.
- 2.2. PROPORCIÓN ENTRE DAÑO Y PENA.

3. LEGITIMIDAD ÉTICA Y DESPENALIZACIÓN LEGAL.

4. EL ABORTO EUGENÉSICO EN ESPAÑA.

- 4.1. LA L.O. 2/2010, DE 3 DE MARZO, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA.
 - 4.1.1. ABORTO HASTA LA SEMANA VEINTIDOS EN CASO DE RIESGO DE GRAVES ANOMALÍAS EN EL FETO (ARTICULO 15.b).
 - 4.1.2. ABORTO SIN LÍMITE DE TIEMPO EN CASO DE ANOMALÍAS FETALES INCOMPATIBLES CON LA VIDA (ARTICULO 15.C).
 - 4.1.3. OMISIÓN DE INFORMACIÓN A LA MUJER EMBARAZADA EN CASO DE ABORTO EUGENÉSICO.
 - 4.1.4 OMISIÓN DEL PLAZO ENTRE LA INFORMACIÓN Y EL ABORTO.

4.2. FUNDAMENTACION DEL ABORTO EUGENESICO

5. LA MORALIDAD DEL ABORTO.

- 5.1. DERECHO A LA VIDA DEL NO NACIDO.
- 5.2. DERECHO DE LA MUJER AL PROPIO CUERPO.

6. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL ABORTO.



6.1. NINGÚN DERECHO HUMANO O PRINCIPIO MORAL ES ABSOLUTO.

7. ESTUDIO DEL ABORTO COMPARADO EN EUROPA.

8. LEGISLACIÓN ACTUAL DEL ABORTO EN ESPAÑA SEGÚN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

9. ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO.

10. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA AL ABORTO: FUNDAMENTOS PARA LA REGULACIÓN DE CONCIENCIA AL ABORTO EN LA LEGISLACIÓN.

11. CONCLUSIONES.



ABREVIATURAS

ART.	ARTÍCULO
BOE	BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO.
CE	CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA
CIU	CONVERGENCIA Y UNIÓN.
CP	CÓDIGO PENAL
IVE.	INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO.
L.	LEY
L.O.	LEY ORGÁNICA
PAG.	PÁGINA
PP	PARTIDO POPULAR
PSOE	PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL
STC	SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
STS	SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
TC	TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
TS	TRIBUNAL SUPREMO
UCD	UNIÓN DE CENTRO DEMOCRÁTICO.



Resumen:

El presente trabajo aborda el problema del aborto, la legislación actual y futura de la misma, así como la fundamentación jurídico-ética, independiente de las mayorías parlamentarias que legislan nuestro ordenamiento jurídico.

El cambiante paradigma obliga al análisis y debate de los problemas éticos y legales que representa la interrupción voluntaria del aborto en nuestro país. En este contexto se aborda la legislación española con respecto al aborto, analizando la jurisprudencia, ley del 2010 así como sus modificaciones.

En resumen, este trabajo procede a analizar jurídica y éticamente el problema del aborto, su encaje legislativo y moral, su comparación con otras legislaciones europeas, el derecho de la mujer a la interrupción de su embarazo, su encuadre con las mujeres menores de edad, el derecho a la vida del nasciturus y finalmente el derecho a la objeción de conciencia por parte de los profesionales que no deseen practicar una interrupción voluntaria del embarazo de una gestante.

Palabras clave: Aborto, legislación, derecho, vida, menores, objeción.

Abstract:

The present work deals with the problem of abortion, its current and future legislation as well as its legal-ethical foundation, independent of the parliamentary majorities that legislate our legal system.

The changing paradigm forces the analysis and debate of the ethical and legal problems that the voluntary interruption of abortion represents in our country. In this context, the Spanish legislation regarding abortion is addressed, analyzing the jurisprudence, law of 2010 as well as its modifications.

In short, this paper proceeds to analyze the legal and ethical issue of abortion, its legislative and moral fit, its comparison with other European legislation, the right of women to interrupt their pregnancy, its setting with minor women, the right to life of the unborn child and finally the right to conscientious objection by professionals who do not wish to perform a voluntary termination of a pregnant woman's pregnancy.

Keywords: Abortion, legislation, law, life, youngsters, objection.



Esta obra está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

INTRODUCCIÓN

La regulación del aborto se ha caracterizado siempre por ser un tema muy polémico, del que todo el mundo habla, opina, y manifiesta su postura. Actitudes de lo más diverso y que muchas veces parecen ser irreconciliables. Observamos como son numerosas las instituciones, asociaciones, organizaciones,.....y así como innumerables estudios los que teorizan y discrepan, manteniendo la máxima tensión, el controvertido dilema ante la defensa del nasciturus (no nacido) y el derecho reproductivo de las mujeres. Este gran debate sobre el aborto, aunque está más que nunca de actualidad, no es un debate reciente ya que determinadas asociaciones llevan toda la vida reivindicando la autonomía de la mujer ante su maternidad, reafirmando que, son pocas las experiencias que, como ésta, presentan tantos interrogantes y dilemas morales en lo que respecta al control sobre su propio cuerpo y la vida.

El presente estudio realiza un repaso sobre los diferentes sistemas de regulación de la interrupción voluntaria del embarazo que se han dado a lo largo de la historia de nuestro país, hasta llegar a la actual y vigente ley del aborto, que tanta polémica está suscitando y que parece tener los días contados. Asimismo, nos detendremos en esta nueva ley, para realizar un estudio sobre los campos de actuación a los que hace referencia desde el ámbito penal y criminológico. Se trata de una normativa que presenta un amplio alcance, pues ha introducido nuevas reglas que indican cómo ha de practicarse lo que se denomina "interrupción voluntaria del embarazo", dando lugar a una mutación en su naturaleza jurídica, convirtiendo en un derecho lo que hasta este momento ha sido una conducta despenalizada.

Para culminar este proceso se ha conectado el aborto con determinados derechos de la mujer, como son la salud sexual y reproductiva, favoreciendo, a su vez, que la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo¹ afecte no solo a estas materias, sino a otras cuestiones que se encuentran relacionadas. Por esta evidente necesidad, se hace patente la importancia de encuadrar la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en un efectivo marco de educación sexual y reproductiva, que trate de evitar embarazos no deseados. Pero además se hace imprescindible regular dentro del sistema sanitario las medidas y garantías necesarias para que en el caso de que se opte voluntariamente por una interrupción del embarazo, este

¹ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo BOE núm. 55 de 4 de marzo de 2010.

<https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/03/03/2/con>



pueda realizarse con plena seguridad, respeto y confidencialidad. Este nuevo planteamiento de regulación de esta materia, es fiel reflejo de la gran mayoría de las regulaciones europeas de interrupción voluntaria del embarazo, a través de las cuales, se establece primacía a la persona real, antes que la persona potencial, y por ello, la autonomía de la embarazada a disponer de su propio cuerpo.

En el presente trabajo se analizarán las cuestiones relacionadas con el ámbito ético-jurídico y que afectan a al derecho fundamental de libertad religiosa, ideológica, y de conciencia consagrado en el artículo 16 de la Constitución Española y su relación con otros derechos fundamentales como el derecho a la vida.

También y en el lado radicalmente opuesto, se analizará la violación de los derechos humanos que produce la ilegalidad del aborto. Dicha penalización vulnera el deber de garantía y protección de los derechos humanos de las mujeres a la autonomía; a la igualdad; a la integridad y seguridad personal; a la vida; a no ser sometida a un trato cruel, inhumano y degradante; a la privacidad; al debido proceso y a la salud. Los argumentos que se utilizan califican esta práctica como de “asesinato”, haciendo referencia a: “santidad de la vida”, “persona potencial”, “derechos del no nacido”,....Si bien para ello reconocen ciertas excepciones, como son: salvar la vida de la madre, casos de violaciones,....Estas excepciones, son las que hacen poner en tela de juicio esos argumentos en contra.

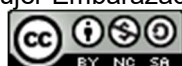
A través del presente estudio se pretende indagar sobre el aborto, los efectos que produce sobre la vida de quienes se someten a una interrupción voluntaria del embarazo, desde una perspectiva de violación o no de derechos humanos.

La investigación sobre este tema es muy relevante, no solo por la ausencia y confusión de datos en esta materia sino por la necesidad de realizar una revisión de los problemas jurídicos que entraña la criminalización del aborto bajo toda circunstancia.

Pese a los diversos enfoques, es evidente que toda interrupción del embarazo comporta un conflicto de intereses. Frente al reconocimiento de la protección de la vida prenatal, se reconoce también el derecho al libre desarrollo de la personalidad humana, y a la libre disposición de la sexualidad de la propia mujer.

Las diferentes corrientes político-criminológicas² proponen como solución a esta disputa de intereses que se mantiene en juego en cuanto a la interrupción voluntaria del

² Informe del Comité de personas expertas sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España y propuestas para una nueva regulación, 5 de marzo de 2009. pp 2.
Informe del Comité de Bioética de España sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada, 17 de mayo de 2014.



embarazo, su regulación a través del sistema de plazos en conjunción con el de las indicaciones. Así pues, este conflicto de intereses muy presente en nuestra sociedad, ha hecho necesaria la intervención del Estado, ponderando estos intereses, y declarando la prevalencia a los derechos fundamentales de las mujeres en las primeras semanas del embarazo o gestación. No obstante, a partir de un determinado período de gestación, pasa a valorarse superiormente al “nasciturus” (no nacido).

Por otro lado, además de conocer la evolución legal de España, se realizará un estudio comparado con Europa, analizando las estadísticas, las resoluciones judiciales en esta materia, para tratar de dar a conocer, en todo lo que sea posible, la realidad del “aborto”.

Para finalizar esta introducción, debemos de tener claro que la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) se trata de, una situación límite, difícil y traumática, ante la que es importante mostrar todo el respeto y tolerancia existente, y que no debe desconocerse, ni ocultarse, o ignorarse. En el presente estudio se pretende poner de relieve la constitucionalidad y/o no de las regulaciones de la situación del aborto, haciendo evidente que se trata de una regulación necesaria, ante el fracaso y el descontrol en cuanto a aspectos legales, sanitarios, sociales,.....



1. EL ABORTO.

1.1. ¿QUE ES EL ABORTO?

Para empezar, comenzaremos definiendo la palabra aborto, a través de la definición que Lydia Feito estableció: *“El aborto es una interrupción del embarazo que provoca la muerte y expulsión del no nacido cuando éste no es aún viable”*³.

Obviamente, puede producirse de forma espontánea o provocada, de la que respecto a la primera no se hay nada que decir; la segunda, ocupa el centro de la controversia justamente por ser artificial, artificio que provoca la muerte del no nacido de forma voluntaria y premeditada. Aquí habrá que tener en cuenta que las razones que lo puedan justificar deberán de ser muy fuertes.

Sobre el término “no nacido” destaca su ambigüedad, puesto que se quiere evitar las sabidas fases del embarazo, como son fase de “pre-embrión” (estado previo a la anidación), fase de “embrión” (desde la anidación hasta el segundo mes), “feto” (a partir del segundo mes hasta el sexto) y “feto viable” (a partir del sexto mes, con apoyo artificial).

El concepto de “pre-embrión”, es el concepto de mayor importancia puesto que es sabido que la mayor parte de los defensores de la inmoralidad del aborto insisten en que el cigoto (ovulo fecundado), ya es persona, puesto que posee su propio código genético y su realidad biológica diferenciada, siguiendo así la *teoría del preformacionismo*.⁴

Una cuestión es que el cigoto o pre-embrión sea una realidad biológica diferenciada y otro distinta es que constituya ya una realidad personal, apelando así a la conocida definición de persona debida a Boeci, y aceptada hasta ahora: *“rationalis naturae individua substantia”*⁵. Aun concediendo que tengamos la “sustancia individual”, faltaría, sin embargo, el elemento decisivo: Que sea “de naturaleza racional”.

³ Feito, Lydia, cap. “El aborto” en J. María Gómez Heras, Dignidad de la vida y manipulación genética. Madrid: Biblioteca Nueva, 2002, pp. 175-173.

⁴ Diccionario Médico: f. Teoría opuesta a la epigénesis. Para los preformacionistas todo el ser está ya formado en el cigoto. Incluso algunos admitían que lo estaba en el óvulo (ovistas) o en el espermatozoo (espermatozoístas). Hablaban, por ello, del homúnculo existente ya desde el primer momento. En la actualidad se sabe que no hay un homúnculo en el cigoto, pero es cierto que este posee un genoma, en el cual están inscritas todas las características desde las morfológicas y funcionales, hasta el color del pelo, que ha de desarrollar ese ser.

⁵ 1 Boecio: Liber de persona et duabus naturis: ML, LXIV, 1343: «Persona est rationalis naturae individua substantia». Cf. Tomás de Aquino: Summa theologiae (S. Th.) I, q. 29, a. 1.



Muchos defensores de la moralidad del aborto, se atienen a la “*teoría del epigenismo*”⁶ e insisten en que estamos ante un bosquejo de ser humano, que insiste en que solo tras la anidación se consolida, aunque no lo será en realidad hasta alcanzar la fase de feto, esto es a las ocho semanas, al completar la “*organogénesis*”.⁷

Otros más radicales prefieren hablar de “tejido humano”, en lugar de “pre-embrión”, para facilitar al “aborto libre y voluntario”; siendo, por tanto, una operación de cirugía menor, como una operación de amígdalas o de cualquier otro órgano no vital que puede operarse a voluntad, por una simple molestia.

Resulta, por tanto, obvio que pudiera tratarse de una trampa (chapuza), que intenta eludir lo fundamental: No es un tejido de la madre, sino un ser humano diferenciado, aunque solo cuando ha conseguido la anidación (se convierte en embrión) puede decirse que se trata de un ser humano en gestación.

Llegados a este punto podemos determinar que, la fase de embrión marca el punto crucial: Antes de la anidación tenemos solo un tejido humano diferenciado, pero por sí solo inviable; con la anidación comienza la vida propiamente humana y solo por razones de gravedad comprobada podrán justificar su interrupción voluntaria.

Hoy podemos determinar que la información genética no determina completamente la realidad de un organismo vivo, por lo que, en definitiva, el ser humano personal solo será real mediante la interacción de la información genética con el medio ambiente, esto es, después del nacimiento.

Un “*embrión de ser humano está vivo, pero no es un ser humano ya constituido; tiene la posibilidad de serlo, pero no lo es aún.*”⁸ Estas diferencias resultaran importantes para formular el enfoque de los plazos, tanto en el ámbito moral como en el legal.

⁶ Diccionario Médico: f. Teoría embriológica según la cual los organismos se desarrollan paso a paso desde la estructura mas simple, como es el cigoto, hasta el feto a término. A esta teoría se opondría el preformacionismo.

⁷ Diccionario Médico: f. Proceso de formación de los órganos. En el desarrollo humano este periodo se extiende entre la cuarta y la novena semanas del embarazo.

⁸ D. Gracia, 2004, pp.375-386



L. Feito no deja de señalar que las posiciones *pro-life* y *pro-choice*⁹ son prácticamente irreconciliables ya que parten de supuestos netamente contrapuestos. En efecto, se esgrimen dos principios absolutos: El de “santidad de la vida humana” (o derecho fundamental de la vida), tan enfatizado por Dworkin como “valor fundamental”¹⁰ y el de la condición personal del no nacido (el no nacido es persona con plenitud de derechos desde el mismo momento mismo de la concepción).

Otros, en cambio, enarbolan el principio del derecho preferente de la madre a la vida y a su integridad físico-psíquica como absoluto; e, igualmente inciden en el derecho de la mujer a su plena autonomía moral, por lo que solo y solo a ella le corresponde “controlar lo que sucede en su propio cuerpo”, y en consecuencia, toma la decisión de seguir con el embarazo o abortar.

También se encuentran una posición intermedias, como las que conceden relevancia al grado de desarrollo del no nacido, esto es, a las diferentes etapas hasta la fase fetal: los dos meses serian término final para plantear un aborto motivado.

En todo caso, se trata más de posiciones de índole ideológica que de índole científica, ya que los datos de la ciencia son invocados a conveniencia, para apoyar posturas previamente tomadas, pero sin embargo es indudable que los datos científicos son relevantes como tales por lo que han de ser cuidadosamente examinados.

1.2. ALGUNOS DATOS SOBRE EL ABORTO

Las formas de control de la natalidad han evolucionado a lo largo de la historia, desde la práctica del infanticidio en culturas antiguas como la greco-romana, hasta la píldora o esterilización reversible en la actualidad. Entre esas formas de control siempre ha figurado el aborto voluntario o inducido.

En la actualidad, la Organización Mundial de la Salud recoge la cifra de 50 millones de abortos anuales en el mundo, de los que 30 corresponden a países subdesarrollados y 20 a abortos sanitariamente inseguros. La sanción penal del aborto ha sido el criterio

⁹ Feito, Lydia, cap.” El aborto” en J. M^o Gómez Heras (coord.) Dignidad de la vida y manipulación genética. Madrid: Biblioteca Nueva. 2002, pp. 175-206.

¹⁰ Ronald Dworkin fue el primero en referirse a la controversia sobre el aborto como “una batalla encarnizada”, que engloba una discusión política, en *Life’s Dominion*. Londres: Harper, 1993, pp.3- 29. Este prestigioso autor insiste en invocar contra el aborto el principio de “santidad de la vida” como principal argumento, en cuanto principio autónomo, mientras que considera que invocar los derechos del feto constituyen un argumento derivado. IB., pp.30-67.



dominante en las legislaciones hasta fechas bastante recientes, y aunque hoy cerca de 2/3 de la población mundial viven bajo legislaciones básicamente permisivas, en el 94% de los países del tercer mundo el aborto está sometido a restricciones legales¹¹, incluido España.

Dentro de la tradición judeo-cristiana, la teología escolástica medieval que ha influido tanto en la cultura occidental y especialmente en los países católicos, considero como asesinato abortar varones tras los cuarenta días de gestación y mujeres tras los ochenta días.

Sin embargo, ni siquiera las legislaciones más duras han equiparado en la gravedad de las penas al aborto con el infanticidio o el homicidio y, todavía menos, con el asesinato. En Europa las primeras medidas de despenalización del aborto se plasmaron en la década del año 1930 en varios países escandinavos y se han ido extendiendo sucesivamente hasta el presente por los demás países, con la salvedad de Irlanda que penaliza todo aborto no realizado para salvar la vida de la embarazada, y de Polonia, que admite el aborto por riesgo para su salud física.

Es usual diferenciar dos sistemas básicos de despenalización: el de plazo, que deja a la libre y personal decisión de la mujer la posibilidad de abortar durante el primer periodo del embarazo, casi siempre los 3 primeros meses; y el de indicaciones, cuando el aborto se autoriza por razones específicas que han de constatarse a través de algún procedimiento más o menos oficial, como el peligro para la vida o salud de la mujer, la violación, los riesgos de malformaciones físicas o psíquicas en el feto o los graves trastornos personales que puede producir el nacimiento de un hijo no deseado. Estas indicaciones pueden estar sometidas a distintos límites de tiempo, desde las doce primeras semanas hasta el final del embarazo en caso de peligro grave para la salud de la mujer, que ha venido a transformarse, en una forma de indicación social.

Las legislaciones europeas utilizan el periodo de los tres primeros meses o uno cercano, mientras que el de los seis primeros meses o uno cercano es el que se suele aplicar en la indicación eugenésica, señalado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en la famosa sentencia de 1973 *Roe vs. Wade*, como límite para cualquier aborto constitucionalmente autorizado.

Estos límites temporales, tienen cierta correspondencia con la terminología médica, que distingue entre embrión y feto justamente mediante la divisoria de las doce semanas

¹¹ Datos tomados del libro de A. Mundigo y C. Indriso (comps), *Abortion in the Developing World*, Londres, Zed Books, 1998.



de gestación, otra distinción es la que denomina al ovulo fecundado preembrión pero que todavía no se ha implantado en el útero, lo que sucede a los quince días de la fecundación.

En España, el criterio tradicional había sido la punición de toda forma de aborto. Así los códigos penales del franquismo sancionaron desde 1944 cualquier forma de aborto intencionado con un castigo mínimo de seis meses a seis años de prisión, sin más paliativo que el aborto de la mujer para “ocultar su deshonor”, cuya pena rebajaba de uno a seis meses.

Pero la verdad es que esa legislación penal, tan católica y pronatalista, que penaba la propaganda y venta de anticonceptivos, nunca llevo a su extremo la opinión de la Iglesia católica, que consideraba al aborto como un asesinato, pues ni siquiera la forma de aborto más grave, aquel del que resulta la muerte de la gestante, se equiparon en pena al asesinato.¹²

Así pues, se sancionaba el aborto consentido o no, sin excepciones, si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo llevo a considerar el aborto por causa de peligro vital para la mujer cubierto por la eximente del estado de necesidad.

El Código Penal de 1985, pone fin a esta legislación penal sobre el aborto, la única variación significativa la había introducido el año anterior una sentencia del Tribunal Constitucional que excluyo que los abortos realizados en el extranjero pudieran ser perseguidos en España, despenalizando así constitucionalmente el llamado “turismo abortivo”.

Aquella sentencia tuvo su importancia en la medida que anulo la previa interpretación del Tribunal Supremo de extender la territorialidad de la ley penal española a los abortos cometidos fuera de España. Esta cuestión se entiende mejor si tenemos en cuenta que la ley que entonces regulaba el ámbito de la jurisdicción penal española no consideraba perseguibles los delitos cometidos por españoles en el extranjero cuando la víctima no era también española.

El Tribunal Supremo había considerado a los embriones y fetos abortados por las mujeres españolas como víctimas de nacionalidad española y esta interpretación de la ley fue la que vino a ser considerada extensiva e inconstitucional.¹³

¹² 10. En su última versión el código penal franquista contenía para el aborto penas bastante menores que para el homicidio y, con mayor razón, el asesinato; así el aborto consentido se castigaba con una pena máxima de 6 años de prisión, la mitad de la mínima señalada para el homicidio y mucho menor que la de 20 a 30 años o muerte prevista para el asesinato.

¹³ La sentencia del Tribunal Constitucional 75/1984, de 27 de junio, que anulo la condena penal a una mujer que había realizado un aborto en Gran Bretaña, excluyo que fuera aplicable en materia de aborto la legislación



De esta manera siguiendo el criterio de este Tribunal, el ámbito de persecución penal era muy reducido ya que en la practica el numero era muy bajo el de mujeres que abortaban en territorio nacional, haciéndolo usualmente de manera clandestina por falta bien de capacidad económica, bien por la edad o la falta de información y/o cultura.

En este contexto fue en el que se aprobó la reforma del código penal de 1985, que inspira el actual. Tal reforma introdujo un sistema de indicaciones que recogía, además de la violación y los riesgos de malformaciones para el feto, el aborto para evitar el riesgo para la salud física o psíquica de la embarazada. La diferencia entre las tres indicaciones, es que mientras en la ultima el riesgo para la salud de la mujer, el aborto puede realizarse en cualquier momento de la gestación, en caso de violación, éste ha de provocarse ante de su duodécima semana y en el de malformaciones del feto antes de la vigésimo segunda.

El 14 de mayo de 2009, el Gobierno aprobó un anteproyecto de ley de salud sexual y reproductiva, que incluía una reforma del Código Penal dirigida a modificar la regulación del aborto en España, cuya regulación seguirían las siguientes líneas maestras:

- Despenalización completa del aborto durante las primeras 14 semanas de gestación.
- Despenalización del aborto hasta la semana 22 de embarazo, en los supuestos de riesgo para la vida o la salud de la embarazada o en caso de graves anomalías en el feto.
- Despenalización, sin límite de tiempo, en caso de que se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida o una enfermedad extremadamente grave e incurable.

Asimismo, el Tribunal Constitucional señaló que el Estado está obligado a dar protección jurídica a la vida de los no nacidos, pues constituye un bien digno de protección constitucional.¹⁴ Así pues, este anteproyecto de ley reduce esta protección, limitándola en las primeras 14 semanas de gestación a la obligación de que la gestante reciba, información sobre los derechos de las madres y las ayudas a la infancia.

Este anteproyecto de ley se concretó en la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo y el aborto eugenésico, cuya entrada en vigor se produjo el 4 de julio de 2010.¹⁵ En esta ley se permite el aborto a

entonces vigente, que aceptaba la jurisdicción española sobre todos los delitos cometidos en el extranjero por españoles de los que fueren las víctimas otros españoles. La argumentación del Tribunal Constitucional fue la consideración del feto como español por parte de las sentencias condenatorias había constituido una analogía prohibida por el principio de legalidad penal consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 14 de abril.

¹⁵ Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo y el aborto eugenésico.



petición de la mujer embarazada durante las primeras 14 semanas de gestación, y el aborto más allá de ese periodo en los supuestos determinados por causas médicas (artículo 15 de la ley):¹⁶ Aborto hasta la semana 22 en caso de grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada, y aborto eugenésico hasta la semana 22 o sin límite de tiempo.

En la actualidad esta es la Ley en vigor, aunque desde el Gobierno de Mariano Rajoy ya se ha anunciado una modificación más restrictiva, que pretende llevar a la regulación de 1985, concretamente con la Sentencia del Tribunal Constitucional vigente de 1985¹⁷, de la que trataremos en siguientes puntos.

1.3. ABORTO Y CODIGO PENAL.

La primera regulación acometida en el Código Penal, procedía de la ley de protección de la natalidad, de 24 de enero de 1941. En esta Ley básicamente consideraba criminal todo aborto voluntariamente producido. En su artículo 414 se atenuaba la responsabilidad de la mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause “para ocultar su deshonor”; que subrayaba que la honestidad de la mujer no es un problema exclusivamente suyo, sino familiar, extendiéndose así a los padres de la embarazada.

Por el contrario, en los países de nuestro entorno y ámbito cultural, se ha ido abriendo camino un planteamiento de política criminal diverso y distinto del nuestro, que giran en torno a dos criterios: El sistema de plazos y de las indicaciones.

La realidad social en España, con independencia de la represión que provoca la aplicación del Derecho Positivo, pone de relieve que un legislador inteligente no debe de prohibir aquello que no puede controlar, y éste es un buen ejemplo; más aún, de la criminalización se siguen consecuencias muy negativas para la sociedad en general y fundamentalmente para aquellos colectivos marginados de la misma.

Así pues, la cifra negra con relación al aborto supere muy probablemente la ofrecida por cualquier otra actividad considerada delictiva. Además, las cifras manejadas se utilizan

¹⁶ El aborto es una práctica contraria a la ética médica. Actualmente siguiendo la Declaración de Ginebra, los nuevos médicos prometen “solemnemente consagrar mi vida al servicio de la humanidad” y “velar con el máximo respeto por la vida humana”. En España el Código de Ética y Deontología Médica afirma que “el medico es un servidor de la vida humana”

¹⁷ Véase STS 53/1985, de 14 de abril.



demagógicamente, pero son muy expresivas, aunque su reflejo en las estadísticas judiciales, insignificante.

Otra cuestión no menos importante es, que el aborto clandestino multiplica sus riesgos tan solo para un sector de la población femenina española, éste es el más falto de recursos culturales y económicos, multiplicando el riesgo tanto desde el punto de vista jurídico (posibilidad de ser sancionadas), como físico (las deficientes condiciones sanitarias a las que se exponen para la interrupción del embarazo).

También provoca el denominado *turismo abortivo*, que solo se encuentra al alcance de determinadas mujeres pertenecientes a determinadas clases sociales, lo que permite que éstas burlen la aplicación de la dureza de la legislación española por medio del desplazamiento a otros países europeos con legislaciones más permisivas.

A todo ello debemos de añadir la dimensión criminógena de estas actividades, precisamente por ser forzadas a producirse en la clandestinidad, con el consiguiente desgaste sufrido por el Derecho positivo, simplemente por intentar mantener una sanción puramente nominal, que prácticamente no se aplica.

Como consecuencia de todo ello el problema del aborto se ha convertido y vuelve nuevamente a convertirse en uno de los grandes temas de interés nacional, haciéndose presa de éste todos los radicalismos y visceralidades, a través de manifestaciones, utilización de figuras eclesiásticas, medicas, recogida de firmas en uno u otro sentido, siendo referencia y a mi parecer tema de manipulación social en todos los programas electores de los partidos políticos españoles.

Así pues, con la finalidad de reformar el código penal español adaptándolo a las exigencias de un Estado Social y Democrático de Derecho, en 1978 se nombró una ponencia encargada de redactar un Anteproyecto de Código Penal. En este Anteproyecto se contemplaban tres indicaciones difundidas en el panorama comparatista: la terapéutica, la ético-jurídica y la eugénica.

La primera de ellas, ya se aceptada en la legislación anterior, la segunda se asociaba al delito de violación o a la inseminación artificial no consentida; y la tercera se revestía con ciertas precauciones respecto a la dimensión o gravedad de las taras o malformaciones del "*nasciturus*", la forma y garantías del pronóstico y el tiempo límite en que el aborto podía ser practicado.

Pero el Gobierno de UCD, en el proyecto final que envió a las Cámaras Legislativas había desaparecido la solución de las indicaciones, que se acogía en el Anteproyecto,



calificándose nuevamente de regresivo el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 17 de enero de 1980, del que había desaparecido la solución de las indicaciones, en virtud de una decisión puramente gubernamental. Paradójicamente dicho Proyecto no respondía a los principios político criminales mencionados en su Exposición de Motivos; fundamentalmente el de intervención mínima y de rechazo del Derecho Penal como instrumento represivo al servicio de determinadas ideas políticas o morales.

Así pues, fracasado el intento legislativo de 1980, en 1983, bajo un gobierno socialista (PSOE) se propone elaborar un Código Penal nuevo, sobre la base del Proyecto de 1980, aportando enmiendas y aportes científicos, que permitieran erradicar con carácter urgente, las injusticias que contenía dicho Código Penal.

El resultado de tal planteamiento es la promulgación de la *Ley Orgánica de reforma urgente y parcial del Código Penal de 25 de junio de 1983*, reforma que fue acusada por los sectores más reaccionarios de constituir una forma de indulto encubierto y potenciar la delincuencia y el aumento de la inseguridad ciudadana, ya que la misma propiciaba las excarcelaciones derivadas de su entrada en vigor, fundamentalmente por su aplicación retroactiva.

A pesar de que se pensaba incluir la reforma del aborto en esta Ley, se optó al final por sacarla del procedimiento de urgencia y abordarla mediante la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 23 de marzo de 1983, mediante el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal. Dicha modificación pretendía la inclusión de un precepto redactado en estos términos:

Artículo 417 bis: “El aborto no será punible si se practica por un médico con el consentimiento de la mujer, cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:

- *Que sea necesaria para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.*
- *Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.*
- *Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especializados distintos del que intervenga a la embarazada.”*



Esta modificación que se pretendía con estas indicaciones provocó en las Cámaras Legislativas reacciones de distinto signo, tales como la devolución del texto del proyecto, la formulación de una enmienda a la totalidad ofreciendo un texto alternativo,....

Todas estas indicaciones no hacen otra cosa más que poner al legislador a resolver el conflicto entre los bienes jurídicos en juego, como son la vida humana y la libertad de la mujer, conforme al criterio de la ponderación de intereses, rechazando el sistema de las indicaciones y optando por el de plazos, ya que es el mejor que respeta la esfera de responsabilidad de la mujer y evita injerencias en el ámbito de su personalidad. Por consiguiente se ofrece el siguiente texto alternativo para el artículo 417 bis, que me permito literalmente incluir, para que se observe que siempre el tema del aborto gira en los mismos términos y ámbitos de actuación:

- *“No es punible el aborto practicado por un médico dentro de las doce primeras semanas del embarazo con el consentimiento de la mujer. Tampoco es punible la mujer que dentro del mencionado plazo se produjese a sí misma el aborto.*
- *El aborto practicado por un médico con posterioridad a las doce primeras semanas del embarazo y con el consentimiento de la mujer no es punible cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:*
 - *Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada y así lo dictamine un médico distinto del que practique el aborto.*
 - *Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas y tal pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada y se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación.”*

Como todos sabemos, el proyecto que prosperó en las Cámaras Legislativas fue el de las tres indicaciones, siendo rechazado por tanto todas las enmiendas presentadas al mismo, derivando en la interposición de un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Esto nuevamente vuelve a poner de manifiesto la problemática de la despenalización del aborto tras la promulgación de la Constitución Española de 1978. Para tal fin se aportan una serie de soluciones al respecto, por penalistas españoles debidamente cualificados en esta materia. Muy esquemáticamente cabe destacar:



- La modificación del artículo 15 de la Constitución, al expresar que “todos tienen derecho a la vida”, ya que el contenido de este artículo veda cualquier posibilidad de despenalización en la materia.
- Solo el sistema de las indicaciones resulta constitucional; el de los plazos es incompatible con la Constitución Española.
- No existe obstáculo en la Constitución Española para abordar la despenalización del aborto, incluso a través del criterio de los plazos.

Del complejo contexto apuntado a lo largo de este apartado, se puede ver o vislumbrar las previsiones en materia de aborto sobre las futuras modificaciones del Código Penal español. Así en enero de 1983, se aborda la redacción de un texto articulado, bajo el nombre de Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal y que se somete a examen de especialistas en la materia.

El tema examinado, como no podía ser de otra manera, se encuentra elaborado en un Título Independiente en el *Libro II, artículos 145 a 148 Del Aborto*.

Artículo 145: “1. El que produzca el aborto de una mujer sin su consentimiento será castigado con la pena de prisión de tres a seis años.”

2. Si se hubiere empleado violencia, intimidación o engaño para provocar el aborto u obtener la anuencia de la mujer, se impondrá la pena de prisión de seis a ocho años.”

Artículo 146: “1. El que produzca el aborto de una mujer con su consentimiento será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años.”

2. La mujer que produjese su aborto o consintiere que otra persona se lo cause será castigada con la pena de multa de doce a veinticuatro meses.”

Artículo 147: “Las penas que corresponden según los artículos anteriores se impondrán al sujeto en su mitad superior:

- *Cuando se dedicare habitualmente a provocar abortos.*
- *Cuando por los médicos utilizados o por la forma imperita de su actuación se hubiere creado un riesgo grave para la vida o salud de la embarazada.”*

La legislación de despenalización del aborto eugenésico tiene su origen en la ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, que despenalizó el aborto durante las veintidós primeras semanas de gestación en caso de que “se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas”. De esta presunción debe haber constancia a través de un dictamen con anterioridad al aborto por



dos especialistas de un centro sanitario público o privado distintos de aquel que vaya a practicar el aborto.¹⁸

Este artículo 417 bis, se mantuvo en el Código Penal de 1995, a través de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

En ese mismo año, el Gobierno del PSOE presentó ante el Congreso de los Diputados la ampliación de esta ley, con un cuarto supuesto más de aborto no punible. Este nuevo supuesto hacía referencia a la posibilidad de la mujer a interrumpir su embarazo cuando existiera un conflicto personal, familiar, o social, siempre y cuando no se hubiera superado un plazo de gestación de 12 semanas. Esta nueva propuesta va acompañada de la iniciativa de que esa mujer embarazada también recibiese asesoramiento adecuado sobre las ayudas sociales y económicas disponibles en caso de tener el hijo. Ese nuevo texto ampliado, fue aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados el 14 de diciembre de 1995, no pudiendo promulgarse debido a la convocatoria anticipada de elecciones y la presión de los grupos políticos del PP y CIU.

En fecha 14 de mayo 2009, un gobierno socialista presidido por José Luis Rodríguez Zapatero aprueba el anteproyecto de Ley de Salud Sexual y Reproductiva, que supone una nueva modificación del Código Penal español destinada a modificar la regulación del aborto en España. Dicha regulación seguirá las siguientes líneas maestras que, si las analizamos, vienen a decirnos que siempre se ha hablado en materia de aborto de los mismos casos, por lo que el problema siempre va a seguir siendo “problema”. Estas líneas son:

- Despenalización completa del aborto durante las 14 semanas de gestación.
- Despenalización del aborto hasta la semana 22 de embarazo, en los supuestos de riesgo para la vida o salud de la embarazada o en caso de graves anomalías en el feto, eso si ahora ya no se habla de “taras”.
- Despenalización, sin límite de tiempo, en caso de que se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida o una enfermedad extremadamente grave e incurable.

Este anteproyecto propone una de las regulaciones más permisivas de toda Europa, reduciendo la protección jurídica a la vida de los no nacidos, limitándola en las primeras 14 semanas de gestación a la obligación de que la gestante reciba, en un sobre cerrado, información sobre los derechos de las madres y las ayudas a la infancia. Este anteproyecto se concretó en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo y el aborto eugenésico. Esta ley exige que en

¹⁸ Véase Artículo 417 bis. 1. 3ª Código Penal.



cualquier aborto, antes de recabar el consentimiento de la mujer embarazada, se le informe sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones para la interrupción previstas en esta ley, los centros públicos y acreditados a los que se pueda dirigir y los trámites para acceder a la prestación, así como las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente así como sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo.

Pero al igual que ocurrió con la reforma del Código Penal de 1983, ésta reforma penal también fue motivo de interposición de un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional que aun a día de hoy no se ha pronunciado sobre el mismo.

El Ministro de Justicia del Gobierno presidido por Mariano Rajoy, del Partido Popular, realizó declaraciones sobre la nueva legislación del aborto en España, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional número 53/1985, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad planteado ante ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal y que se encuentra en trámite parlamentario.

Actualmente la Ministra de Igualdad del ejecutivo formado por la coalición PSOE e Unidas Podemos trabajan en el anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, de la que se abordará en el presente trabajo.

2. DESPENALIZACION DEL ABORTO.

La interrupción voluntaria del embarazo en los primeros periodos de gestación plantea un conflicto entre determinados derechos de la mujer y determinados que aún no han sido personalizados pero que es ella, la mujer embarazada, quien debe resolverlos, puesto que es un derecho, su derecho, a la dignidad y a su propia autonomía.¹⁹

Incluso en casos de riesgo vital es indefendible que el mismo derecho a la vida de la mujer embarazada es dependiente de su autonomía, de modo que ella es libre de elegir

¹⁹ Datos obtenidos de artículo “El aborto un problema pendiente”, Leviatan. Revista de hechos e ideas, II Época, n. 63, primavera de 1966, pp. 91-106, versión actualizada en datos y revisada en forma de texto disponible en red en el Master de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona. Así pues, el punto 2 de este estudio, sacado de este artículo, está dirigido a la diferencia de pensamiento de los lectores destinatarios y la no variación de la regulación legal del aborto en España en los últimos años, ya que al progresismo o liberalismo de pensamiento le sucede una recesión o viceversa.



entre su vida y la del feto, aunque pueda haber quien sostenga que aquel derecho es tan independiente y superior que la mujer no puede disponer autónomamente de él. Es aquí, donde este tema afecta a otra cuestión, cuestión ésta que va entre la moral y el Derecho, como la disponibilidad sobre la propia vida, que se plantea en la eutanasia voluntaria o en las famosas huelgas de hambre.

Sin embargo, cuando el nasciturus adquiere viabilidad y capacidad cerebral de sentir y sufrir, o se encuentra próximo a ello, merece una protección equivalente a la de cualquier persona, cuyo derecho a la vida es razonable que se pueda proteger penalmente.

En este caso, el conflicto con el derecho a la vida de la mujer puede verse como un estado de necesidad que, de acuerdo con la autonomía de la mujer embarazada, puede resolverse en uno u otro sentido.

A diferencia del anterior punto, el plano de discusión ético-jurídico o política jurídica, en lo relativo a lo que debe y puede hacerse mediante la utilización del Derecho, gira y versa sobre la necesidad, conveniencia y justificación de la utilización del Derecho Penal en la persecución del Aborto.

Los argumentos en este plano pueden aportar razones que van en contra de la penalización de, al menos, ciertos tipos de aborto inclusive para quien asume posiciones muy estrictas sobre el valor de la vida de los no nacidos.

Estas razones giran en torno a dos criterios diferentes como son:

- El principio de intervención mínima del Derecho Penal.
- La necesidad de proporción entre los daños del delito y los de la pena.

El conjunto de razones que en este apartado vamos a desarrollar, ya sean bien éticas o de política criminal, aumente las medidas despenalizadoras de los abortos sociales, que son aquellos que se provocan por embarazos no deseados y que crean una serie de problemáticas que comprometen la vida de la mujer. Entre la numerosa documentación y artículos que defienden la despenalización del aborto no se encuentra a nadie que se le pueda llamar abiertamente “pro abortista”, ni mucho menos, al que con justicia pueda caracterizarse como defensor de una “cultura de la muerte”. Parece ser que la preocupación sobre este tema está más dirigida hacia el Estado y los poderes públicos que a la sociedad, a la modificación de la ley actualmente vigente y su eventual prohibición que por el alto o bajo número de abortos que realmente se practican y sus condiciones. De esta realidad social, no se habla, y ésta es la que realmente afecta al conjunto de la sociedad.



Pero las leyes penales, como todo, tienen sus límites, ya que hay muchas acciones y hechos que la sociedad, a través de las normas puede emprender para solucionar los problemas que se generan alrededor del aborto y que, en cierto modo, pueden ayudar a reducir su número, como son la creación de centros de planificación familiar, las campañas de información sobre los anticonceptivos, las ayudas a madres solteras,....

Solo en lo referido a la ley penal, la alternativa que el aborto plantea es simple, ante un embarazo no deseado existen dos únicas opciones para la sociedad:

- Excluir la pena permitiendo la realización de abortos en condiciones sanitarias óptimas.
- Exigir mediante el uso de la ley penal la finalización del embarazo.

La primera opción reseñada tiene entre otras distintas razones en su favor, siendo la más importante los derechos de las mujeres afectadas.

Aunque se mantenga la segunda opción, ésta no garantiza que no se provoquen abortos y lo más preocupante, que éstos se realicen en condiciones sanitarias paupérrimas. Una cosa es exigir, inclusive desde el ámbito penal, y otra muy distinta es conseguir que esto ocurra.

2.1 EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA.

El principio de intervención mínima es un criterio de política criminal, que determina que solo debe usarse la sanción penal cuando es estrictamente imprescindible para garantizar un derecho o un bien, es decir el derecho penal como último recurso.

Así pues y de esta manera, este principio excluye de justificación de la pena cuando ésta resulta innecesaria como medio para garantizar o prevenir ciertos derechos o bienes, siendo por tanto la razón por la que, por ejemplo, se excusan los daños cometidos por el famoso “*estado de necesidad*”.

Siguiendo esta tesis, se establece que la punición del aborto es inútil desde el punto de vista jurídico por tres razones:

- La ineficacia de la pena.
- La impunidad constitucional en España de los abortos en el extranjero.
- La falta de razón en la generalización del aborto cuando se aplica la pena.

Que la pena es ineficaz frente al aborto resulta ser una observación de sentido común se tiene conocimiento de los altos índices de abortos voluntarios provocados



independientemente de que la regulación penal sobre la misma, sea más o menos restrictiva o prohibitiva.

La cifra media de los últimos veinticinco años sobre las condenas por aborto, se estima entre 5 y 10 personas condenadas al año, si bien la ratio respecto de la cifra media de los últimos años de unos cincuenta mil abortos, constituye y hace de ineficaz la aplicación del derecho penal en este tema.²⁰

Debido a la actual regulación jurídica en el ámbito de la jurisdicción penal, en España resulta que no es perseguible ningún delito cometido en el extranjero si la conducta no es también delictiva en el país de que se trate.²¹ Además, ha de tenerse también en cuenta la actual propuesta de modificación y/o anulación del principio de justicia universal, que a buen seguro va a modificar muy mucho toda esta regulación penal.

Por este motivo, y según estamos viendo la hipótesis real del endurecimiento de la legislación penal del aborto, la probable vuelta a los viajes al extranjero para abortar, daría lugar a conductas no perseguibles por la justicia española.

Es cierto que la actual regulación del ámbito jurisdiccional español, pudiera a colación de esta posibilidad cambiarse, pero a tenor de los antecedentes constitucionales a propósito de la legislación anterior imponen un criterio de interpretación tan restrictivo del principio de legalidad en esta materia que para perseguir los abortos llevados a cabo en el extranjero sería necesaria una deliberada y expresa regulación penal y legal en este sentido.²²

El criterio de sancionar penalmente y de forma rigurosa y restrictiva una conducta extendida como el aborto comportaría la práctica imposibilidad de generalizar su aplicación.

Esta inviabilidad para la aplicación de la sanción penal a la generalidad de las personas que practiquen abortos pone de manifiesto la dificultad de proceder por parte de quienes defienden su penalización. Quienes propugnan y apoyan que el aborto debe ser penalmente castigado con sanciones de pena privativa de libertad deben estar dispuestos

²⁰Datos obtenidos del INE (<http://www.ine.es/nevase/index.html>, bajo los apartados “estadísticas judiciales” /”Condenados por delitos cometidos, por edad y sexo” y después “aborto”).

²¹ Artículo 23.2 de la Ley Orgánica 11/1999 del Poder Judicial, que ha añadido una excepción al precepto: “Que le hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado Internacional o de un acto normativo de una Organización Internacional de la que España sea parte, no resulte necesarios dicho requisito. Así pues, este precepto está pensado para delitos como el genocidio, la tortura, el terrorismo, pero no para el aborto.

²² Sentencia del Tribunal Constitucional número 75/1984, de 27, de junio que anula la condena penal impuesta a una mujer que había realizado un aborto en Inglaterra, excluye que fuera aplicable en materia de aborto la legislación entonces vigente, que aceptaba la jurisdicción española sobre todos los delitos cometidos en el extranjero por españoles de los que fueran víctimas otros españoles. Esta argumentación del Tribunal Constitucional constituía la consideración del feto como español para la aplicación de las sentencias condenatorias una analogía prohibida por el principio de legalidad penal consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución Española.



a aceptar la imposición de penas de prisión no solo a los autores de la intervención médica sino también a las mujeres que se someten a tal intervención y a sus cómplices, familia, amigos, psicólogos,...es decir todos aquellos que conocen el hecho y no hacen nada para impedirlo.

Supongamos que una persecución penal eficaz consiguiera rebajar a más de la mitad en número de abortos que se realizan con una legislación penal estricta y severa del asunto, las mujeres que seguirían abortando, sus cómplices, sus encubridores, los médicos, las comadronas,...habría también que estar dispuesto a aceptar la posibilidad de una cifra de condenados y condenas que podría acercar a la actual población reclusa, de los cuales las mujeres son aproximadamente el ocho por ciento.²³

Si bien es cierto que quienes defiende la aplicación de la condena penal del aborto prefieren excluir las penas de prisión para las mujeres, o imponer penas de multa, entendiendo entonces que la menor gravedad de este tipo de sanción penal parece escasamente consistente con la gravedad que se suele atribuir a la acción de abortar para justificar, precisamente, la sanción penal.

2.2 LA PROPORCION ENTRE DAÑO Y PENA

En la valoración moral del aborto no solo deber tenerse en cuenta el valor de no nacido como bien potencial²⁴, sino también otros bienes en juego que ponen de manifiesto la existencia de daños derivados de la prohibición rígida de los abortos voluntarios. Estos daños son:

- El daño en los hijos no deseados.
- Los riesgos para la salud de las mujeres embarazadas.
- La doble discriminación social que se les impone a las mujeres.

Tengamos en cuenta y dejemos bien claro, que sin la menor duda algunos de los hijos no deseados inicialmente terminan siendo bien aceptados dentro de la familia, con la culpa que para ello siente la madre que inicialmente pensó en la idea del aborto, pero, lamentablemente, no siempre este éxito está garantizado.

²³ 21. Los números exactos, pueden verse en la página web del INE. <http://www.ine.es/inebase/index.html>, apartados "sociedad y justicia" y "población reclusa.

²⁴ Valor gradual y no absoluto ni configurable como un derecho propiamente dicho del embrión o el feto.



El famoso psiquiatra D. Luis Rojas Marcos, especialista en salud pública, ha escrito en estudios sobre el tema:

“demuestran claramente que los hijos indeseados, cuando llegan a la edad adulta, sufren con desproporcionada frecuencia trastornos de conducta, alcoholismo, drogadicción y tienen a menudo problemas de criminalidad.”²⁵

Sin duda, entre las causas de la existencia de ambientes familiares desfavorables se han de contar con las dificultades sociales para conseguir un aborto en circunstancias de necesidad. Por ello, se afirma que la prohibición severa del aborto, contribuye al aumento de familias desestructuradas y desarticuladas, provocando el abandono de los hijos, que, además de ser potencialmente delincuentes, propician vidas desgraciadas. A este respecto, rescato la cita del autor James Trefil, que ha llegado a decir que tener que obligar a tener un hijo no deseado

“puede crear una vida miserable para el niño, con un sufrimiento que con toda probabilidad persistirá durante generaciones. Francamente, no puedo imaginar un acto humano deseado más profundamente diabólico que traer a un hijo no deseado.”²⁶

Aun en la efectividad, aunque sea solo parcial de la prohibición penal del aborto, ésta produce una importante cifra de muertes y graves enfermedades en mujeres que, por causa de tal prohibición, provocan sus abortos en condiciones sanitarias inadecuadas, y que siempre suelen perjudicar a las mujeres de menor cultura y con menos apoyo social.

Evitar este tipo de daños a la salud de estas mujeres, es una razón de política criminal añadida a las anteriores para excluir las posiciones de castigar penalmente solo a los médicos que practiquen abortos, o lo que podría abrir la puerta a que personas sin cualificación profesional alguna o movidas por algún tipo de interés, pudiera suplir ese hueco que provocaría ante la prohibición legal de realizarlos los profesionales sanitarios.

Y es que la penalización del aborto genera una doble desigualdad, ya que junto a la desconsideración hacia la dignidad y autonomía de las mujeres penalmente obligadas a dar a luz, la prohibición del aborto es injustamente desigual entre las propias mujeres, ya que los efectos más negativos y crueles se agravan más en las mujeres con menos recursos y medios culturales, económicos,...ya que éstas no pueden procurarse abortos seguros y/o legales, como puede ser acudir a países con legislaciones más permisivas ante el aborto.

²⁵ Las semillas de la violencia, Madrid, España Calpe, 1995, p. 213.

²⁶ En Morowitz y Trefil, Op. Cit, p. 170 The Facts of Life (Nueva York, Oxford University Press, 1992).



Si a esta carencia de medios, que afecta a mujeres ya de una cierta madurez, le adjuntamos otro sector especialmente desprotegido y que crea desamparo, como es el de las adolescentes embarazadas, aun mas se crea y agrava la discriminación y desigualdad entre las propias mujeres embarazadas.

3. LEGITIMIDAD ÉTICA Y DESPENALIZACIÓN LEGAL.

Para empezar este punto, hay que destacar que el esfuerzo de la despenalización del aborto tiene un efecto de minimizar el drama del mismo, y que resulta necesario para un parte de la población que se encuentra contraria al aborto. Debemos de preguntarnos hasta qué punto la despenalización no tiene un efecto engañoso, ya que, para gran parte de la población, parece inducir la idea de que si se despenaliza el aborto es porque se trata de una cuestión puramente legitima y legal.

A lo largo del análisis de este tema, hemos podido comprobar que no es así, aunque en España, coincida la legitimidad ética con los tres supuestos despenalizados, ya que la legitimidad ética se encuentra apoyada sobre el dictamen o dictado de la razón. La despenalización persigue otro objetivo bien distinto y fundado en la atención sanitaria pública ante el aborto, independientemente de su juicio moral o ético.

Cada día la sociedad tiende a influenciar en la pasividad y falta de dramatización ante el tema del aborto, inclinándose cada vez más en la voluntariedad ante el mismo, y el apoyo efectivo, que nada tiene que ver con el juicio moral, con lo que comúnmente definimos: “Lo que es no obliga al deber ser”. Y es que las razones para la legitimación o no del aborto son tan firmes como volátiles, estamos hartos cansados de ver como los asesinatos son condenados en todas las culturas y pueblos, pero no por ello dejan de cometerse.

Con esto quiero referirme a la trivialización del aborto, que se acompaña por la devaluación de la maternidad de muchas mujeres, ya que cada vez son más las mujeres que no sacan tiempo para una maternidad, ya que el mundo en el que viven y se rodean las tienen absorbidas.

La maternidad, al igual que la paternidad, no puede plantearse ni como una carga, ni como una obligación, ya que tiene que ser consciente, voluntaria y responsable, debe plantearse como opción personal y ninguna mujer debe sentirse presionada para ejercerla. Ahora bien, una vez tomada sea decisión y elección, no caben planteamientos como: “por



culpa del embarazo voy a perder una oportunidad profesional”, ya que, si se percibe que el embarazo puede ser una carga para los planes de futuro, debe tomarse medidas para evitarlo y no tener que llegar al “aborto voluntario” como método para controlar la natalidad.

El aborto no se trata de una simple operación de amígdalas, la contrapartida es un ser humano en desarrollo con su derecho a vivir, con la excepción de los tres supuestos que anteriormente hemos abordado y que la ley actual ampara y recoge.

La reclamación del sentido de la responsabilidad de la mujer ante el aborto no coarta, en absoluto, su derecho a la plena autonomía, y, por ende, a decidir sobre el uso de su cuerpo, su autonomía plena ha de guiar su conducta en todo momento. No se trata de vetar o impedir las relaciones sexuales que conllevan el embarazo, pero sí de usar métodos anticonceptivos que, con toda fiabilidad, suponen una garantía añadida para la evitación de embarazos no deseados.²⁷

Una conducta adulta y responsable exige la toma de decisiones en el momento de las relaciones sexuales, ya que la ausencia de toda precaución, tanto por parte del hombre como de la mujer, es significado de una opción real por la maternidad y paternidad.

En este caso debemos de recalcar que la autonomía, tanto en las mujeres como en los hombres, se limita a lo éticamente correcto, ya que la plena capacidad para decidir sobre el uso de su propio cuerpo se aplica tanto al embarazo como al no embarazo. Pero una vez que se decide éste, no es posible el cambio de opinión como si se tratara de una operación de cirugía, en la que ahora si y ahora no, pues existe ya el derecho a la vida del nasciturus o concebido, en ausencia de riesgo grave para la madre.

Con todo lo argumentado hasta el momento, ¿Se puede estar a favor de una despenalización general para aquellas mujeres que por ignorancia o debilidad se salgan de la despenalización legal? ¿Pudiera tener cabida aquí la razón humanitaria y/o de sanidad pública? Estaríamos hablando de una situación ex post facto, es decir, una vez realizado el hecho.

Estaremos todos de acuerdo que la práctica del aborto en condiciones clandestinas o ilegales, supone una situación traumática y peligrosa para la mujer, que aún puede ser agravada por aplicación de multa o cárcel, convirtiendo a la mujer más en víctima que en victimaria.

No debemos dejar de entender, que dicha actuación ha sido ilegal y penosa, poniendo, incluso en peligro real su vida, pero, debemos de tener en cuenta que, dada la

²⁷ BOWERS, J.R. Pro- Choice and Anti-abortion. Wesport: Araeger. 1994.



naturaleza del delio, la penalización del mismo ha de quedar sin efecto. Y creo que este es el sentido de la actual legislación en materia de aborto en España, pero la controversia, la utilización de la sociedad por parte de los partidos políticos hacen imposible una regulación o marco legal sobre no digamos “aborto”, que pudiera herir la sensibilidad de algunos lectores, sino de la interrupción voluntaria del embarazo.

Una severidad ciega de la política penalizadora en el tema del aborto, además de ser ineficaz, denota un talante insensible e inhumano. Una posición moral y legal ante el aborto, no es incompatible con una actitud compasiva hacia quienes se ofrecen más bien como víctimas que como verdugos. Esta actitud, es responsable, frente a los que vetan cualquier intento despenalizador o de los que difunden y aplauden un aborto libre y gratuito, culpando al resto de los efectos negativos derivados de toda propaganda.

Con ello se pretende, al igual que por motivos de sanidad pública se solicita la despenalización del consumo de drogas, o de conductas antisociales en las que el delito es cometido por un enfermo grave que, por un delincuente voluntario, la evitación del crecimiento de mafias destinadas al negocio del aborto, de clínicas clandestinas, que no llevan control sanitario alguno,²⁸...

4.. EL ABORTO EUGENÉSICO EN ESPAÑA.

El aborto de los fetos con malformación se fundamenta realmente en una cierta selección eugenésica.²⁹ Para empezar, diremos que el termino eugenista fue acuñado por Francis Galton, como *“la ciencia que trata de todas las malformaciones que mejoran las cualidades innatas de una raza; también trata de aquellas que pueden desarrollar hasta alcanzar la máxima superioridad”*³⁰

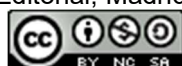
Hoy por hoy el autor Peter Singer defiende, de manera abierta, l negación del derecho a nacer y a vivir de quienes tienen una discapacidad, enfermedad o que por otras razones se les considera inútiles.

Esta defensa la hace extensible tanto a la vida intrauterina como a los recién nacidos, proponiendo que los padres puedan elegir terminar con su hijo con discapacidad tanto antes

²⁸ DAVIS, N.A.: “The abortion debate: The Search for Common Ground. Part I”. Ethics, 103, 516-539.

²⁹ L. JIMENENZ DE ASUA, libertad de amar y derecho a morir, Historia Nuva, Madrid, 1928, pp. 21ss.

³⁰ F. GALTON, Herencia y eugenesia, Alianza Editorial, Madrid, 1988, pp. 165.



de nacer a través del diagnóstico prenatal y el posterior aborto, como durante las primeras semanas tras el nacimiento.³¹

De esta manera la eugenesia se muestra en esencia eutanásica, “la selección se traduce en eliminación, sea en la fase prenatal, sea en la de neonato o incluso más avanzada”.³²

La legislación vigente de despenalización del aborto eugenésico en España, tiene su origen en la L.O. 9/1985, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, que despenalizó el aborto durante las primeras veintidós semanas de gestación en caso de malformación física o psíquica del feto. De esta presunción debe haber constancia a través de un dictamen, emitido con anterioridad al aborto por dos especialistas de un centro público o privado distintos a aquel que va a practicar el aborto.³³

El Tribunal Constitucional en la STC 53/1985 afirmó que la vida humana es “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional”, “es un devenir, un proceso que comienza con la gestación (...) y que termina con la muerte”. El no nacido es considerado “un tertium existencialmente distinto de la madre”, un bien jurídico por el artículo 15 de la Constitución, aunque no se haya querido reconocer su titularidad del derecho a la vida.

Al tratar los tres supuestos de despenalización del aborto³⁴ el Tribunal Constitucional argumentó que el bien jurídico vida del nasciturus, entraba en colisión con “derechos relativos a valores constitucionales (...) como la vida y la dignidad de la mujer. Sobre la base de una ponderación defendió la constitucionalidad del aborto eugenésico al considerar que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva”.

Siguiendo la argumentación del Tribunal Constitucional, “una familia acomodada y psicológicamente estable no podría acogerse a este supuesto legal,³⁵ aunque ni la ley ni el decreto³⁶ que la desarrolla han establecido condiciones relacionadas con el nivel

³¹ “No entiendo cómo es posible defender la postura de que se puede reemplazar el feto antes de nacer, pero no a los recién nacidos (...) Si no se considerase que los recién nacidos discapacitados tienen derecho a la vida hasta, digamos, una semana o un mes después de nacer se permitiría a los padres, previa consulta con sus médicos, decidir basándose en un conocimiento mucho más amplio sobre el estado del recién nacido de lo que es posible antes de nacer”. P. SINGER, *Ética práctica*, Cambridge University Press, 2ª edición.

³² J. M. SERRANO RUIZ-CALDERON, *Retos jurídicos de la bioética*, op. Cit., p. 25.

³³ Artículo 417 bis. 1.3ª del Código Penal.

³⁴ “Grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada”, embarazo “como consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación” y cuando “se presume que el feto habrá de nacer con graves malformaciones físicas o psíquicas”.

³⁵ J.A. SOUTO PAZ, *Comunidad política y libertad de creencias: introducción a las Libertades Públicas en el Derecho Comparado*, 2ª edición Marcial Pons, Madrid, 2003. Pag. 352”.

³⁶ Real Decreto 2409/1986, sobre Centros Sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo.



económico de la familia del no nacido con discapacidad. Si continuamos ahondando en la justificación del Tribunal Constitucional sobre el aborto eugenésico en España, la inseguridad que generaría en los padres la falta de ayuda económica y social desaparecería con iniciativas sociales de apoyo a la maternidad y a las familias de personas con discapacidad³⁷ así como con los trámites de agilización de adopción.

Aquí debemos de plantearnos si con los avances legislativos,³⁸ tendentes a garantizar el ejercicio de los derechos por las personas con discapacidad, hemos avanzado “en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado social”. En este caso se habrá eliminado la situación que, según el Tribunal Constitucional, justificaba la despenalización del aborto eugenésico, dejando de ser constitucional para volver a constituir un delito penalizado.

4.1. LA L.O. 2/2010, DE 3 DE MARZO, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA.

Esta ley entró en vigor el día 4 de julio de 2010. En ella se permite el aborto a petición de la mujer embarazada durante las catorce semanas de gestación, y aborto más allá de ese periodo en los supuestos denominados por causas médicas (artículo 15 de la ley)³⁹: aborto hasta la semana veintidós en caso de grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada, y aborto eugenésico (en función de los casos) hasta la semana veintidós o sin límite de tiempo.

La ley exige información previa a la mujer embarazada sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones para la interrupción previstas en esta ley, los centros públicos y acreditados a los que se puede dirigir y los trámites para acceder a la prestación, así como las condiciones para la cobertura por el servicio público de salud correspondiente (artículo 17.1), así como las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la continuación del embarazo o de la interrupción del mismo (artículo 17.4).

³⁷ Red de Madres, www.redmadres.org (ref. 18/03/2010), iniciativa de la Dirección General de la Familia de la Comunidad de Madrid.

³⁸ 36. Promulgación de varias leyes que van en esta línea: Ley 39/2006 de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, Ley 27/2007, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se apoya la comunicación oral de las personas con discapacidad, Ley 49/2007, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

³⁹ El aborto es una práctica contraria a la ética médica, ya el juramento hipocrático decía “a ninguna mujer daré pesario abortivo”, “jamás daré a nadie medicamento mortal”



En el estudio de la presente vamos a destacar determinados artículos que me parecen relevantes para el análisis general del aborto, estos son:

4.1.1. ABORTO HASTA LA SEMANA VEINTIDÓS EN CASO DE RIESGO DE GRAVES ANOMALÍAS EN EL FETO (ARTÍCULO 15.b)

En este caso lo relevante de la ley es que se exige un dictamen previo de dos médicos especialistas distintos del que realiza el aborto. También habrá que entregar a la mujer embarazada por escrito y en sobre cerrado información acerca de (artículo 17.3):

- Los derechos, prestaciones, y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad.
- La red de organizaciones sociales de asistencia social a estas personas.

4.1.2. ABORTO SIN LÍMITE DE TIEMPO EN CASO DE ANOMALÍAS FETALES INCOMPATIBLES CON LA VIDA (ARTÍCULO 15.C)

Esta ley no ha determinado plazo alguno para el aborto de no nacido que sufra una enfermedad grave o incurable, implicando, al igual que en el apartado anterior, que se podrá abortar hasta el final del embarazo.

Aquí también se exige, que el diagnóstico sea examinado y confirmado por un comité clínico formado por dos médicos ginecólogos o expertos en diagnóstico prenatal y un pediatra (artículo 16.1)³⁸.

Ya en el anteproyecto de esta ley el Gobierno del Partido Socialista, afirmaba que *“no podrán formar parte del comité quienes se hayan manifestado contrarios a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo”* (artículo 16.4).

Una vez que este proyecto fue presentado en el Congreso de los Diputados, cambia su epígrafe por el siguiente: “las especificidades del funcionamiento del Comité clínico se determinaran reglamentariamente” y así fue, ya que actualmente figura en la ley, con lo que se creó un reglamento para el nombramiento de sus miembros, su funcionamiento y organización.



4.1.3. OMISIÓN DE INFORMACIÓN A LA MUJER EMBARAZADA EN CASO DE ABORTO EUGENÉSICO.

Es de especial interés, que llama poderosamente la atención que en los tres casos anteriormente descritos no hay que darle a la mujer embarazada información, que en cambio será de obligado cumplimiento en entregársela si ésta solicita el aborto sin alegar causa alguna dentro de las primeras catorce semanas de gestación: *“no se le informara sobre las ayudas públicas para las mujeres embarazadas, ni sobre los derechos laborales vinculados al embarazo y la maternidad, ni sobre las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado de hijos, ni sobre los beneficios fiscales y demás incentivos y ayudas al nacimiento, ni sobre los centros en los que pueda recibir asesoramiento antes y después del aborto”* (artículo 17.2)

Estas ayudas, prestaciones e incentivos reseñados se aplican, también, en caso de embarazo o nacimiento de un hijo con discapacidad, ya que la ley no exige que la mujer sea informada acerca de estos aspectos antes de abortar, cuestión que a mi parecer no la termina de dotar de la objetividad, imparcialidad y función social para la que fue aprobada.

Sin embargo en los supuestos de aborto eugenésico sin límite de tiempo, como son: “anomalías fetales incompatibles con la vida” y “enfermedad fetal extremadamente grave e incurable”, no solo no se le da la información al solicitar un aborto por simple petición de la mujer, sino que ni siquiera habrá que informarle antes de que aborte sobre los derechos y prestaciones de las personas con discapacidad ni sobre las asociaciones de apoyo a estas personas, remitiéndome a lo expuesto anteriormente, sobre la falta de objetividad e información del aborto en la presente ley.

Y me pregunto: ¿Por qué esta omisión de información a la mujer embarazada cuyo no nacido, tras las pruebas diagnósticas prenatales, tenga riesgo de graves anomalías? ¿Por qué tampoco se le informa sobre las ayudas y asociaciones de apoyo para el caso de que se detecten en el feto anomalías incompatibles con la vida o de una enfermedad grave e incurable?

La Ley parece olvidar o apuesta por la no posibilidad de que la mujer embarazada de un niño enfermo siga adelante con el embarazo y dé a luz a su hijo enfermo. ¿Se da por hecho que una mujer embarazada de un hijo enfermo va a abortar y esta es la razón por la que no se exige dar la información sobre sus derechos y las ayudas públicas disponibles, así como asociaciones y centros donde poder dirigirse para asesoramiento y ayuda?



Estamos ante lo que he expresado como falta de objetividad en la ley, ya que me invade la pregunta sobre el objetivo real de este aspecto propiciado por la ley, ante la desinformación de la mujer embarazada de un niño con riesgo de malformaciones o enfermedad. El derecho de ser informada la mujer embarazada sobre estos aspectos no resta el derecho que tiene sobre la interrupción voluntaria de su embarazo, pero si es verdad que ante la falta de información de la misma, son más los problemas que les surgen a las mujeres embarazadas para dar a luz a ese hijo con enfermedades excesivamente graves, malformaciones,....no defendiendo la ley el derecho a proteger la vida de los no nacidos enfermos y más aun de los nacidos enfermos o con malformaciones a través de, lo primero informando sobre la realidad de los mismos y sobre las ayudas, asociaciones y centros asistenciales.

4.1.4 OMISIÓN DEL PLAZO ENTRE LA INFORMACIÓN Y EL ABORTO.

Otra distinción importante que aporta e incorpora esta Ley, es entre aborto a petición y aborto eugenésico.

En el aborto a petición se exige un plazo de tres días entre la información facilitada a la mujer embarazada y el aborto posterior (artículo 14.b),⁴⁰ mientras que en los supuestos de aborto eugenésico no se hace mención a periodo o fecha alguna de espera ni desde que recibe la información la mujer embarazada hasta la firma del consentimiento para el aborto, ni el aborto en sí, ni entre concesión del consentimiento informado y el aborto.

El espíritu de la Ley, establece que al ser aborto eugenésico no tiene la menor importancia que no se pueda garantizar un mínimo de tiempo para la reflexión de la mujer antes de la realización definitiva del aborto. Esto nos lleva a la conclusión de que pudiera existir centros especializados en abortos en los que la mujer inmediatamente después de recibir la información de existencia de malformaciones o enfermedades graves en el feto pudiera someterse al aborto.

Vuelve otra vez el fantasma que nos lleva a pensar qué persigue esta ley, cuando intenta eliminar a los fetos con malformaciones o graves enfermedades o inclusive de la

⁴⁰ Esta no es la medida que garantice el consentimiento informado de la mujer porque el plazo se señala no entre el momento en el que la mujer es informada y la firma del consentimiento, sino entre el suministro de la información y la realización del aborto, sin especificar en qué momento se deberá haber prestado el consentimiento.



presión a la que someten a la mujer embarazada cuando se le informa que debe abortar porque el feto tiene malformaciones o graves enfermedades.

4.2. FUNDAMENTACIÓN DEL ABORTO EUGENÉSICO.

La fundamentación del aborto eugenésico parte de dos perspectivas: la madre y el nasciturus.

En lo relativo a la madre, un sector considera que la salud psíquica de la ella puede verse afectada al conocer que su hijo puede nacer con malformaciones, cuestión ésta que incluso puede provocar riesgo para el bienestar psíquico de ésta.⁴¹

Sin embargo, la evidencia científica demuestra que el cerebro de la mujer cambia durante el embarazo, transformándose en un cerebro constantemente atento a las necesidades y requerimientos del futuro hijo.⁴² Esto provoca, que la pérdida del futuro hijo rompa los vínculos entre madre e hijo, siendo por tanto el riesgo de depresión y suicidio mucho mayor en las mujeres que abortan voluntariamente,⁴³ lo que lleva a la conclusión de que probablemente abortar el feto con malformaciones o grave enfermedad no garantice el bienestar psíquico de la embarazada, sino que lo agrave.

Para la aceptación por parte de los padres de un hijo con deficiencias graves, éstos necesitan el apoyo de la sociedad y si les resultara, por su situación y condición, imposible e insoportable el criarlo, la sociedad deber ofrecer la adopción y asesoramiento durante el embarazo, con objeto de evitar el riesgo psíquico de la madre post-aborto, respetando la vida del no nacido.

Si es cierto, que la presunción de posible riesgo psíquico de la madre que está embarazada de un hijo con malformaciones o grave enfermedad es inaceptable, agravándose aún más la ofensa que supone para quienes tiene hijos así y a pesar de las

⁴¹ L. ARROYO ZAPATERO, "La indicación eugenésica", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, n. 11, 1986, p.p. 59: "Con el reconocimiento legal de la indicación eugenésica, lo que el legislador hace es establecer que, constatados medicamente los presupuestos relativos al feto, no se requiere comprobar en concreto el peligro para la salud psíquica de la mujer, por presumir que la gravedad de la afección infantil comporta generalmente dicho peligro".

⁴² N. LOPEZ MORATALLA, E. SUEIRO VILLAFRANCA, Informe científico sobre la comunicación materno-filial en el embarazo; células madre y vinculo de apego en el cerebro de la mujer, Universidad de Navarra, Madrid, 2008.

⁴³ Síndrome post-aborto: C. GOMEZ LAVIN, R. ZAPATA GARCIA, "Categorización diagnóstica del síndrome post-aborto, Actas españolas de psiquiatría, volumen 33, n.4, 2005, pp 267-272



dificultades y problemas que acarrearán, encuentran en ellos un motivo de alegría, de vivir y un ejemplo de humanidad absoluta.

Desde el punto de vista del no nacido, quienes defienden el aborto eugenésico lo justifican en la discusión existente entre la calidad de vida y la vida digna,⁴⁴ entendiéndose como incompatibles con el sufrimiento, ya que éste convierte la vida en inhumana.

Para tal fin siempre se suele emplear un lenguaje muy ambiguo, donde se introducen juicios de valor muy problemáticos, revestidos de aparente neutralidad y muy compasivos,⁴⁵ afirmándose que el aborto eugenésico se realiza en contra del interés del no nacido, ya que el derecho a nacer sano está por encima del derecho mismo a nacer.

Este planteamiento nos lleva a diferenciar entre vida digna y vida indigna,⁴⁶ en las que se encontrarían la de los fetos con malformaciones o graves enfermedades. Frecuentemente hemos oído a las personas con discapacidad decir que tienen una vida plena y se afirman en el convencimiento de que tienen ganas de vivir, por lo que, gracias a ellos, hemos podido conocer el trabajo, esfuerzo, tesón, que nos han sabido comunicar a la sociedad en su conjunto.

5. LA MORALIDAD DEL ABORTO.

Hasta ahora la cuestión de la penalización o despenalización del aborto, se planteaba entre el límite del derecho y la ética, dentro de esa tierra de nadie, en el que se debate pertenecer a la imposición por parte de la sociedad, de criterios morales sobre los que hay profundas y grandes diferencias y discrepancias en la ética personal de las personas que componen la misma.

En este sentido cabe reflexionar sobre los límites del Derecho, en especial del Derecho Penal, sobre la discusión del aborto, su penalización o no, como forma de imposición de criterios morales y éticos con mayor o menor aceptación social.

En este apartado vamos a considerar algunos argumentos para la valoración ética del aborto voluntario, afectado sobre todo al plano de las decisiones individuales. Las cosas son en general algo más complicadas, porque no es contradictoria la posición de quien cree

⁴⁴ Un desarrollo más amplio de esa postura lo encontramos en F. REVIRIEGO PICON, Otro estudio más del aborto, la indicación eugenésica y su fundamentación, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 34-44.

⁴⁵ E. IAÑEZ PAREJA, "Retos éticos ante la nueva eugenesia", en la eugenesia hoy, Cátedra Universitaria de Derecho y Genoma Humano, Bilbao, Comares, Granada, 1999, pp. 204.

⁴⁶ Sobre el debate acerca del concepto de dignidad, J.M. SERRANO RUIZ-CALDERON, La eutanasia, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2007, pp. 211-279; Retos jurídicos de la bioética, Ediciones Universitarias Internacionales, Madrid, 2005, pp. 175-199.



que es inmoral abortar, pero moralmente inapropiado castigarlo penalmente, porque interpreta que se trata de un asunto de moral privada que pudiera requerir un tratamiento jurídico similar al adulterio o la prostitución. La perspectiva que se mantiene es que el aborto no es un acto indiferente, pero tampoco pone en grave riesgo derechos que se tengan que respetar de manera absoluta, siendo ésta una de las razones fundamentales para excluirla de su penalización, y por tanto limitar el Derecho Penal en la misma.

La discusión ética y moral sobre el aborto gira alrededor de la personalidad del no nacido. Es en este punto central donde el autor estadounidense LAURENCE H. TRIBE, denomina como un *choque de absolutos*,⁴⁷ por un lado, el derecho absoluto a la vida del no nacido y, por consiguiente, la visión del aborto como una forma de asesinato de un ser humano inocente y por el otro lado la creencia en el derecho absoluto de la mujer a su propio cuerpo y por consiguiente, la consideración del aborto como un problema no ético.

Estaremos de acuerdo en aceptar que ambos extremos son inaceptables, pero que cada una tiene su importancia desde el ámbito puramente ético: la exploración y estudio de cada una nos pone en la situación de dialogar, pero no de manera lejana o equidistante, cuestión ésta que viene a coincidir con los postulados que argumenta el autor Ronald Dworkin, en su libro *“El dominio de la vida.”*⁴⁸

5.1. SOBRE EL DERECHO A LA VIDA DEL NO NACIDO.

Siguiendo el primer extremo del choque de absolutos, mantener el derecho a la vida del no nacido, como absoluto desde el primer momento de la concepción resulta con poca razón, por tres fundamentales motivos: La no personalidad del embrión, la aceptabilidad social generalizada de algunos motivos de aborto y la diferente consideración en nuestra cultura del aborto y muerte de las personas.

En primer lugar, el embrión o feto hasta el momento en el que es viable, no es una “persona” propiamente dicha, solo le es de manera potencial. La no atribución de personalidad al embrión, es un criterio adoptado por legislaciones, como lo prueba el propio Código Civil Español, para la que:

⁴⁷ Vid. *Abortion. The clash of absolutes*, Nueva York-Londres, W.W. NORTON, 1990.

⁴⁸ Vid. *Life's Dominion. An argument about abortion, Euthanasia, and individual Freedom*, New York, Alfred A. Knopf, 1993; hay traducción castellana de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ariel, 1994.



*“el nacimiento determina la personalidad, (...) Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”.*⁴⁹

El criterio jurídico-privado, relativo a la personalidad civil, no es decisivo desde la moral ética. Desde este punto de vista, la consideración del no nacido como ser humano “*potencial*” es una relación similar a la persona, o ser humano actual, que rechaza la consideración del no nacido como persona en pleno sentido de la palabra.

¿Cuál es el verdadero argumento utilizado para los partidarios de penalizar el aborto, afirmando que el no nacido es persona? Son dos los argumentos que utilizan siendo estos: la creencia religiosa en la aparición del alma humana y el argumento científico del código genético.

La creencia religiosa de la aparición del alma humana, que determina que el alma se introduce en el cuerpo desde el mismo momento en el que se concibe. Cuestión ésta que desde la creencia religiosa es respetable, pero quien crea esta serie de cosas no puede pretender que, en una sociedad plural, deba de imperar su criterio, aunque, desde luego, tenga todo el derecho a que sus creencias sean respetadas.

Por otro lado, el argumento o tesis científica que pretende derivar la personalidad del no nacido de la aparición de un nuevo y distinto código genético, esto es, la tesis de que la existencia del código genético en el ovulo del recién fecundado, hace esencialmente indistinguible al cigoto y al recién nacido.

Estudiado el tema, en primer lugar, este argumento incurre en una confusión de conceptos por pretender deducir criterios de valoración a partir de observaciones de hecho, como si el hecho de que algo *sea* permita deducir que ese algo *deba ser o sea bueno que sea*, justificando por tanto la existencia del SIDA, según lo expuesto.

Contra el argumento naturalista, la única objeción es que la ética o la moral, no pueden ser cuestiones de hecho o científicas, sino meras cuestiones de valor o actitud frente a la vida o la realidad, ya que la ética y/o la moral, nos pueden decir *lo que debe ser*, pero no *lo que es*.

En todo caso, lo verdaderamente esencial o importante es que no existe un criterio científico que pueda determinar la personalidad puramente moral del ser humano, un criterio que exija valoraciones que dependan solo de hechos objetivos, sino de actitudes morales que deben tomar unos u otros hechos como relevantes. Extrapolado al ámbito y

⁴⁹ Artículos 29 y 30 Código Civil español.



análisis de estudio que tratamos la presunción de que el no nacido es una persona con un derecho a la vida igual que un recién nacido por argumentos como pueden ser el código genético resultan carentes de base científica e insuficientes desde un punto de vista moral.

Una razón por la que el derecho absoluto a la vida del no nacido resulta inaceptable por todas las implicaciones que conlleva es que, si el no nacido tuviera derecho a la vida similar al de las personas, esto comportaría la ilicitud total y sin excepciones de todo tipo de aborto, incluido el de riesgo vital para la embarazada. Por tanto, la preferencia por la vida de la madre implica una negación del derecho absoluto del no nacido, pues debe observarse que este caso no puede ser considerado como legítima defensa de la mujer pues falta el requisito de la agresión por parte del no nacido, requisito esencial para la justificación de este tipo.

Una última razón para excluir el derecho absoluto a la vida del no nacido la comporta las actitudes sociales frente a la vida, por una parte, la muerte natural de una persona, sea niño o adulto y otra un aborto espontáneo. La actitud es distinta entre las personas más cercanas al hecho, que cuando se trata de un embarazo deseado sienten la pérdida de un hijo, pero que no la viven como la muerte de un ser querido propiamente dicho. También existe una actitud diferente respecto de terceros, con quienes no se participa el hecho realizando ninguno de los ritos propios de la muerte de personas. Aquí debemos de tener presente que, aunque lo permita, ni siquiera la Iglesia católica obliga a celebrar exequias para los “fetos abortivos”.⁵⁰

Podemos exponer, según lo estudiado, que la el momento de la concepción no resulta tan decisivo moralmente como se hace creer mediante argumentos pseudo científicos. Los datos científicos no obligan a conclusiones sobre la personalidad moral del no nacido, sino que, evaluados en su justa medida avalan la posición ética que sostiene que el embrión no son individuos o personas en el mismo sentido que los seres humanos ya nacidos. Por tanto, resulta inverosímil defender que tengan un derecho a la vida igual que éstos, y ya nada que decir sobre la consideración del aborto como un asesinato.

Pero esta argumentación o tesis, no comporta que todo esté permitido, que abortar sea algo tan básico como beber o comer, o que lo mismo sea abortar al principio que al final de la gestación.

⁵⁰ El vigente código de Derecho Canónico, aunque establece que “en la medida de lo posible se deben bautizar los fetos abortivos (fetus abortivi), si viven” (canon 871), también dice que “el ordinario del lugar puede permitir (permittere potest) que se celebren exequias eclesísticas por aquellos niños (parvuli) que sus padres deseaban bautizar, pero murieron antes de recibir el bautismo (canon 1183.2).



Hay momentos relevantes durante la gestación distinta al de la concepción que permiten distinguir diferentes situaciones morales relevantes.

5.2. SOBRE EL DERECHO DE LA MUJER AL PROPIO CUERPO.

En el extremo opuesto a la tesis sostenida sobre el derecho absoluto a la vida del no nacido se encuentra la tesis absoluta del derecho limitado al propio cuerpo de la mujer, entendiéndolo como un derecho a la autonomía total y sin restricciones del propio cuerpo.

Esta tesis también resulta éticamente irracional, la cual conlleva tres consecuencias inaceptables, que son.

La primera es que según esta tesis los abortos en el tercer trimestre o incluso en el noveno mes, serían equivalentes a los más tempranos, lo cual conlleva una auténtica barbaridad. Sin embargo, el criterio de la posibilidad de supervivencia del feto fuera del útero, como el de su capacidad de sentir o sufrir, situados alrededor del sexto mes de gestación, sugieren que a lo largo del embarazo aparezcan intereses morales concurrentes que merecen dar protección frente al derecho de autonomía total de la mujer embarazada.

La segunda es que la mujer embarazada tuviera un derecho limitado al propio cuerpo, lo que comportaría que, ya no habría nada que reprochar desde el punto de vista moral y, por tanto, la ausencia de razones jurídicas para reprocharlo o rechazarlo por las conductas imprudentes que durante el embarazo ponen en riesgo la salud del futuro niño.

La tercera es que los abortos realizados por motivos tribales resultarían tan justificables moralmente como el llevado a cabo por una adolescente, por una mujer violada o por una mujer sola con varios hijos a su cargo.

Si bien los casos enunciados son hipotéticos, no típicos ni realistas, se enuncian para expresar consecuencias teóricas posibles de una tesis que se encuentra mal planteada desde su formulación.

Si el derecho a la autonomía de la mujer es importante y decisivo en la aceptación ética del aborto, no significa que sea un derecho absoluto, sino que tiene límites que es necesario delimitar y determinar de manera adecuada.

La exclusión de una y otra tesis expuesta deja un margen para la aceptabilidad de algunos elementos de cada una de estas dos posiciones que tal vez permita intentar la formulación de una propuesta intermedia, y conciliadora.



Desde el punto de vista religioso, es aceptable la idea de que la vida del no nacido tiene un valor moral muy valioso, y por tanto no es indiferente. Se trata del valor potencial de la vida humana, que es diferente según el grado de proximidad a la personalidad. En el lado más lejano, los no nacidos posibles o futuros, tienen un valor meramente globalizado, imposible de individualizar, que afecta tanto a su existencia como a su bienestar.⁵¹

En resumen y dejando al margen los extremos absolutos, la interrupción voluntaria del embarazo en los primeros periodos de la gestación plantea un conflicto entre determinados derechos de la mujer y ciertos bienes o derechos futuros que todavía no se han personalizado, y cuya resolución dependen de ella.

En cambio, cuando el no nacido adquiere derecho viabilidad o capacidad cerebral de sentir y sufrir, o inclusive se encuentra muy próximo a ello, merece la protección igual que a la de una persona propiamente dicha, cuyo derecho a la vida debe de ser protegido incluso desde el ámbito penal. En el caso de que este derecho, cree conflicto con el derecho a la vida de la mujer, del que puede verse como un estado de necesidad, atendiendo al principio de autonomía de la mujer, puede resolverse en uno u otro sentido.

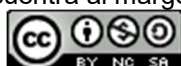
6.- ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL ABORTO: NINGUN DERECHO HUMANO O PRINCIPIO MORAL ES ABSOLUTO.

Siguiendo con lo expuesto anteriormente, hay que señalar que ambos derechos comparten el mismo error, al postularse como principios morales fundamentales, ya que ambos defienden como principio moral fundamental, el derecho a la vida y a la integridad físico-psíquica tanto para la madre como para el no nacido.

Del mismo modo se equivocan quienes abanderan y defienden el principio moral del derecho de autodeterminación de la mujer respecto de su embarazo, en cualquier forma, circunstancia y tiempo, como los defensores del pleno reconocimiento del no nacido como persona humana, aunque lo defiendan como o de manera potencial.

Esta problemática se aborda al estudiar el llamado estatuto antropológico del embrión o feto.

⁵¹ Lo que aquí está en juego no son los derechos individualizados, sino intereses colectivos que permiten tratar de aproximarse al número de personas apropiado a un cierto estándar de bienestar. La cuestión es elegir entre más individuos futuros y menos bienestar de esos mismos individuos o, al contrario. No se trata de un cuestión sencilla o trivial, ni siquiera una cuestión de derechos en el mismo sentido en el que el derecho a la vida de una persona existente, que se encuentra al margen del cálculo sobre bienestar de los demás.



- *Prevalencia del derecho a la vida e integridad física y psíquica de la madre en caso de conflicto insoluble con igual derecho del no nacido.*

Una acción puede tener dos efectos contrapuestos e inevitables, teoría de la causalidad de doble efecto. Siguiendo esta teoría en el caso de que la gestación ponga en peligro la vida de la madre resulta obvio que existan razones que justifiquen su derecho como persona por encima del derecho del no nacido, de manera que la destrucción del embrión será el último recurso para salvar a la madre, algo que se lamenta, aunque es inevitable.

El problema surge o se agrava cuando existe duda justificada sobre ese estado de necesidad, prevaleciendo, en todo caso, el derecho de la madre, ya que es un derecho anterior y consolidado, no negando el derecho del no nacido; pero si determinando el no reconocimiento como derecho absoluto. Con esto no se justifica, tampoco, el derecho absoluto de la madre, pero su prevalencia le viene otorgada por su condición de persona en plenitud de derechos, que han sido adquiridos anteriormente.

- *Prevalencia de la autonomía de la mujer por razones graves.*

Además del caso anterior, que justificaría el aborto por razones terapéuticas, existe amplio consenso con otras dos causas graves, que justifican el derecho de la autonomía moral de la madre embarazada, como son: La existencia de graves malformaciones del no nacido y el embarazo sobrevenido, con ocasión de una violación.

En el primer caso, la realización de pruebas médicas, como test genéticos, pueden aportar con exactitud la existencia de graves malformaciones físicas o psíquicas en el feto, o un elevado grado de probabilidad de sufrirlas en el futuro. Por tanto y en este caso sería legítimo y lícito la provocación del aborto, por lo que estaríamos ante un aborto eugenésico, cuestión ésta ya tratada en el presente estudio.

El segundo caso, la razón es que la mujer embarazada puede considerar no digno, moral,...un embarazo forzado, que pudiera inclusive dar lugar a una imposibilidad de atención maternal al futuro hijo. La gestación y el futuro mantenimiento del hijo por la madre, podrían ponerse en serio peligro, por una falta de atención y cuidado de la madre.



Esto no significa de ninguna de las madres, el no reconocimiento del derecho a vivir de esa persona, sino que este derecho no puede prevalecer, en las condiciones objetivas que debería de realizarse.

En todo caso sería una decisión autónoma de la mujer, en la que podría continuar con el embarazo si considera que puede superar los problemas reseñados.

- *El estatuto antropológico del no nacido: Un ser humano en desarrollo.*

Aquí es el punto donde surge la problemática, ya que desde los defensores del derecho “pro-vida” insiste en equiparar el estatuto antropológico del no nacido con el del ser humano tras el nacimiento.

Por otra parte, desde los defensores del derecho “pro-elección”, tienden a degradar tal derecho, hasta presentarlo como una posibilidad de ser humano.

Atendiendo a una postura intermedia e imparcial, con aportes científicos permite establecer una secuencia:

1. El estatuto del no nacido, al menos hasta su fase de feto viable, no puede equipararse con el del no nacido, y en ningún caso con una persona en plenitud de derechos.
2. El no nacido en cualquiera de sus fases, no es una mera posibilidad de hombre, sino un ser humano en desarrollo, que llegara a ser persona con plenitud de derechos.
3. Aunque el desarrollo del no nacido es un proceso continuo, cabe señalar cinco fases en la ontogénesis del ser humano: *fecundación*, *pre-embrión* (desde la fecundación hasta la anidación, dos semanas), *embrión* (desde la anidación hasta las ocho semanas, plazo en el que se completa la organogénesis), *feto inviable* (desde los dos meses hasta los seis: desarrollo y maduración de los sistemas vitales) y *feto viable* (a partir de los seis meses, aunque para ello necesite apoyo y asistencia externa).

- *La no prevalencia de la autonomía de la mujer sin causa grave.*

La autonomía de la mujer embarazada en lo que respecta a la dirección de su vida y de sus circunstancias y opciones debe quedar garantizada y a salvo, y una vez garantizada la opción de ser madre, esta opción no podrá cambiarse, salvo por alguna de las causas graves, reseñadas anteriormente, como aborto terapéutico,



aborto eugenésico y aborto cuando el embarazo se originó como consecuencia de una violación. Fuera de estos casos resulta difícil imaginar una razón de aborto, por mucho que se enfatice el derecho de autonomía de la mujer, que ya lo ejercían al decidir libre y voluntariamente quedarse embarazada.

Que ocurre ante preguntas como ¿Qué el embarazo fue consecuencia del fallo del método anticonceptivo empleado? Resultaría grave que se utilizara el aborto como método anticonceptivo, cuando en nuestra sociedad tiene métodos anticonceptivos capaces de garantizar el no embarazo de la mujer que no desea quedar embarazada, máxime cuando existe información de medios de comunicación, escuela,...inclusive los propios padres advierten a sus hijos sobre los peligros del embarazo, y del mantenimiento de relaciones sexuales sin la utilización de métodos anticonceptivos.

Si bien es cierto que este planteamiento se hace más complejo cuando tratamos con adolescentes y sus ambientes. Su sentido de la responsabilidad y su juicio pueden quedar muy mermados en ocasiones puntuales, lo que puede dar lugar a casos difíciles y graves dilemas, que solo pueden tener solución con la elección personal de cada uno de acuerdo a sus criterios morales.

En esto la discusión se plantea sobre la moralidad de las causas que justifican la despenalización del aborto, su aceptabilidad y licitud moral, porque dejando de lado la autonomía de la mujer, no parece justificable el motivo de abortar alegando que la continuación del embarazo puede suponer un “conflicto personal, familiar o social de gravedad”. Se trata por tanto del “cuarto supuesto” para la despenalización del aborto, en el que se trata como un cambio de opción, que sería legítimo y moral mientras que no se afectaran o violaran otros derechos. Este supuesto puede llegar a trivializar la cuestión moral del aborto y supondría un desprecio absoluto e injustificable sobre el derecho o la realidad humana del no nacido, sobre todo a partir de los dos meses de gestación.

De sobra es sabido, que el embarazo supone siempre un foco de conflicto para la mujer, inclusive para las mujeres que su embarazo fue de manera plenamente voluntaria y consentida. Este conflicto surge por aspectos psicológicos, fisiológicos y hormonales, si bien la situación puede ser grave en aquellas mujeres en las que el malestar físico puede unirse a un estado de ansiedad o angustia que, aunque necesitase de apoyo y asistencia médica, no estamos ante un mal grave, sino una afección típica de las embarazadas,



motivada por su falta de experiencia y percepción desbordada de la responsabilidad que les va a recaer.

Lo que sucede, en realidad, es que la mujer ejerce su derecho moral de autonomía y autodeterminación al decidir quedar embarazada, cuanto menos en el sentido de no poner ningún tipo de medida que lo impida, únicamente el embarazo por violación queda fuera. Lo que posteriormente puede suceder es un posible conflicto terapéutico o eugenésico, ajeno a la voluntad de la mujer y que ya hemos tratado, el resto, salvo alguna excepcionalidad, solo puede ser conflictos entre la opción fundamental de abortar o no, y las opciones relacionadas con cuestiones relativas al ámbito personal o laboral, que no encajan moralmente frente a la opción de abortar o no y frente a la responsabilidad por la vida del no nacido.⁵²

Se trata por tanto de una cuestión de prevalencia moral, no de la obligación y derecho que tiene la mujer embarazada de su propio cuerpo. En el embarazo, que no se desea, nos encontramos ante la colisión de dos derechos: el derecho de la madre a disponer libremente de su cuerpo y el derecho del no nacido a no ser privado de la vida, concretamente en el derecho del no nacido a no ser privado de ella de manera injusta.

El aborto sin suficiente justificación ¿Es una conducta moralmente reprochable, injusta e incluso cruel? No se debate si es o no legal, sino que si una conducta despreciable o cruel, implica necesariamente que es moralmente injusta. ¿Puede ser despreciable y cruel si no es injusta?⁵³

7. ESTUDIO DEL ABORTO COMPARADO EN EUROPA.

La interrupción voluntaria del Embarazo es una práctica habitual, a lo largo de la historia en el control de la fecundidad. Este surge y se desarrolla, con independencia de que las leyes lo permitan, lo prohíban o lo despenalicen.

La Organización Mundial de la Salud, en sus recomendaciones establece que los gobiernos apliquen políticas de salud sexual y reproductiva, facilitando la concepción efectiva, así como proporcionando servicios o sistemas de salud, que garanticen que las interrupciones

⁵² Thomson. J.J.: "A Defense of Abortion". *Philosophy & Public Affairs*, 1, (1971), 47-66. Incluido en recopilación de J. Finnis, y otros: *Debate sobre el aborto*, Madrid: Cátedra, 1983.

⁵³ José Rubio Carracedo. Algunas precisiones sobre la argumentación a favor y en contra del aborto. *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*, vol. X (2005), pp. 79-98. ISSN:1136-4076. Sección de Filosofía. Universidad de Málaga.



voluntarias del embarazo se realizan en condiciones de seguridad para las mujeres que se encuentran en esta situación.

La situación en Europa, sobre el mismo, no es igualitaria, pero si bien un gran número de países ha legalizado su práctica a partir de la segunda mitad del siglo XX, centrándose en el derecho a la salud.⁵⁴

En lo referente a la regulación del aborto, la tendencia que domina en los ordenamientos de los países europeos, es declarar prevalencia a los derechos fundamentales de las mujeres durante las primeras semanas de gestación.

A partir de un estado de gestación, determinado, se comienza a la valoración superior del nasciturus. Si bien la vida prenatal es merecedora de protección judicial, como bien jurídico protegible, pero en cierta manera, está por encima la protección de la vida postnatal. Es patente, el creciente interés por la salud de la mujer embarazada, sus derechos fundamentales, así como su protección especial de su intimidad y privacidad.

En Europa podemos encontrarnos regulaciones sobre la interrupción voluntaria del embarazo de lo más dispares, como pueden ser:

Malta, que prohíbe el aborto, en cualquier caso, estableciendo penas de prisión para la mujer de 18 meses a 3 años⁵⁵; y contrariamente, Holanda, que permite el aborto totalmente libre hasta las 24 semanas de gestación, y sin límites en caso de la malformación del feto o la salud de la madre. El caso de Holanda, pese a ser de las legislaciones más antiguas, es la regulación más liberal del toda Europa en este aspecto. También hay que destacar que su regulación castiga los abortos que tengan lugar fuera de los centros acreditados.

Inglaterra, por su parte, en un primer momento era el país que más plazo permitía para realizar la interrupción voluntaria del embarazo. Con su regulación a partir de 1967, permitía un plazo de 28 semanas de gestación, pero este fue reducido a 24 semanas, como Holanda, por su *ley de Fertilización Humana y Embriológica de 1990*. Además, se obliga a que la interrupción voluntaria del embarazo se lleve en un centro acreditado para ello, siendo totalmente gratuito siempre y cuando sea acordada por dos médicos.

Otro de los países que también establece un plazo de interrupción del embarazo elevado es Chipre. En este caso, solo está permitido para preservar la salud física o mental

⁵⁴ Óp. Cita: "Informe del Comité de Expertos sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España y Propuestas para una nueva regulación", 5 de marzo del 2009.

⁵⁵ ORTEGA PÉREZ, PEDRO JOSÉ. Interrupción Voluntaria del Embarazo, enero de 2010.



de la mujer, en caso de violación, incesto y si se prevé que el hijo nacerá con serias discapacidades.

Sin embargo, Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Italia y Portugal, ha optado por una regulación de la interrupción voluntaria del embarazo a través de un sistema mixto, que combina el sistema de plazos con el de indicaciones. En estos países se deja a decisión de la mujer la práctica del aborto, hasta un determinado tiempo de gestión. A partir de éste, sería necesario para la interrupción que se dieran una serie de circunstancias para llevarlo a la práctica.

La gran mayoría de países que han adoptado este sistema, establecen como plazo máximo 12 semanas, siendo algunos de ellos: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Lituania, Republica Checa,.....Por debajo de este límite, solo se encuentra el de 10 semanas, de Portugal. Por el contrario, el plazo más alto establecido es el de Suecia, con 18 semanas.

Además del establecimiento de un plazo legal para la interrupción del embarazo, se establece la obligatoriedad de ajustarse a otra serie de requisitos. Estas pautas varían en función de unos u otros países, haciendo referencia a algunos de ellos a continuación⁵⁶:

- Alemania:
 - Certificado de asesoramiento previo a la intervención (3 días).
 - Informe de un facultativo médico.
 - Practicado por profesional médico y/o en centro hospitalario, público o privado.

- Portugal:
 - Periodo de reflexión de 3 días, contados desde el momento de la solicitud de la interrupción voluntaria del embarazo.
 - Certificado de que la mujer ha sido informada en materia de métodos anticonceptivos.
 - Practicado por profesional médico y/o en centro hospitalario, público o privado.

- Bélgica:

⁵⁶ Fuente: "Abortion Policies: A Global Review", 2002. División de Población de Naciones Unidas.



- Ratificación por escrito de la decisión de la mujer de interrumpirse el embarazo.
 - Periodo de reflexión de 6 días.
 - Informar a la mujer de los riesgos médicos presentes o futuros derivados de un embarazo.
 - Practicado por profesional médico y/o en centro hospitalario, público o privado.
- Bulgaria:
 - Practicado por profesional médico y/o en centro hospitalario, público o privado.
 - Autorización de al menos uno de los titulares de la patria potestad, en los casos de menores de edad, o en su defecto estar acompañada por un adulto.
- Italia:
 - Practicado por profesional médico y/o en centro hospitalario, público o privado.
 - Autorización de al menos uno de los titulares de la patria potestad, en los casos de menores de edad, o en su defecto estar acompañada por un adulto.
- Dinamarca:
 - Apoyo psicológico anterior o posterior a la interrupción voluntaria del embarazo.
 - Practicado por profesional médico y/o en centro hospitalario, público o privado.
 - Permiso para realizar el aborto si la mujer por motivos de enfermedad física, desarrollo psíquico limitado, salud debilitada o por otros motivos similares, no está capacitada para comprender el significado de la intervención médica. En estos casos se designará un tutor.
 - Autorización de al menos uno de los titulares de la patria potestad, en los casos de menores de edad, o en su defecto estar acompañada por un adulto.
- Suecia:
 - Practicado por profesional médico y/o en centro hospitalario, público o privado.
 - Apoyo psicológico anterior o posterior a la interrupción voluntaria del embarazo.



- Austria:
 - Informe facultativo médico.
 - Practicado por profesional médico y/o en centro hospitalario, público o privado.

- Finlandia:
 - Autorización de dos médicos:
 - Practicado por profesional médico y/o en centro hospitalario, público o privado.

- Francia:
 - Practicado por profesional médico y/o en centro hospitalario, público o privado.
 - Autorización de al menos uno de los titulares de la patria potestad, en los casos de menores de edad, o en su defecto estar acompañada por un adulto.
 - Las menores de edad, no emancipadas han de acudir a una consulta previa con un asesor o consejero, de un centro de planificación familiar.

A parte de estos plazos, también se contemplan indicaciones por las que se establece una prórroga de tiempo, así pues:

- Indicación terapéutica, hasta 12 semanas; e indicación eugenésica, hasta 24 semanas en países como Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Finlandia, Francia y Portugal.
- Dinamarca tiene en cuenta el posible riesgo del niño a contraer una enfermedad de carácter genético o por desarrollo de algún tipo de enfermedad feta, así como la imposibilidad de la madre de hacerse cargo del nuevo hijo por motivos de enfermedad, edad prematura, o falta de madurez mental, e incluso cuando el embarazo o parto le puedan provocar un daño psicológico grave.
- El grave riesgo psicológico de la madre, es aceptado como indicación en Finlandia, así como, si en el momento de quedarse embarazada la mujer fuera menor de 17 años o mayor de 40, o incluso si está ya tuviera 4 hijos.
- Portugal, Finlandia y Alemania también reconocen el aborto ético, esto es el aborto de un embarazo causado por una violación.



8. LEGISLACIÓN ACTUAL DEL ABORTO EN ESPAÑA SEGÚN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El Ministro de Justicia D. José María Ruiz Gallardón, impulsor de la actual legislación existente en materia de aborto realizó declaraciones sobre la actual legislación del aborto en España que ejecutó el poder ejecutivo formado por el Partido Popular, y que se encontraba amparado en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 53/1985, que resuelve precisamente el recurso de inconstitucionalidad que fue planteado por el Partido Popular. Esta sentencia vino a declarar inconstitucional, el cuarto de los supuestos que intentaba introducir el Partido Socialista Obrero Español de aborto libre en un sistema de plazos; a lo que hay que añadir que la actual ley del aborto, estudiada anteriormente, tiene el previo y preceptivo informe desfavorable por parte del Consejo Fiscal. El Consejo General del Poder Judicial no la avaló ya que no realizó ningún Dictamen y el Consejo de Estado avaló el mismo, aunque cuestionó 21 de los 23 puntos del anteproyecto de ley.

En virtud de esto el PP, plantea recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, donde cuestiona la constitucionalidad de la ley en ocho preceptos y una disposición final, siendo éstos:

- Artículo 5.1. apartado e, de L.O. 2/2010, de 3 de marzo.
- Artículo 8 apartados a y b, de L.O. 2/2010, de 3 de marzo.
- Artículo 12, de L.O. 2/2010, de 3 de marzo.
- Artículo 13.4, de L.O. 2/2010, de 3 de marzo.
- Artículo 14, de L.O. 2/2010, de 3 de marzo.
- Artículo 15, de L.O. 2/2010, de 3 de marzo.
- Artículo 17.2, de L.O. 2/2010, de 3 de marzo.
- Artículo 19.2, párrafo primero, de L.O. 2/2010, de 3 de marzo.
- Disposición final segunda.

En aplicación de la legislación actual conviene realizar unas puntualizaciones dada la importancia del asunto, máxime cuando se encuentra en proceso la reforma de la misma. Así de esta manera:

El artículo 3,1 del código civil establece:

- *Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo*



en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

Por tanto, este nuevo desarrollo legislativo que se pretende realizar en materia de aborto pretende apoyarse en la realidad social actual en materia de derechos reconocidos a los niños en gestación, posteriores a la sentencia del Tribunal Constitucional de 1985, que resultan de obligado cumplimiento, que en unos casos ratifican la doctrina del Tribunal Constitucional y en otros la modifican a favor de la cultura de la vida:

- Convención sobre los Derechos del Niño, suscrito y ratificado por España en el año 1990; que en su artículo 3 establece:
 - *“El niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”*
 - *“Par los efectos de la presente Convención se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad”*
- Convención De Derechos de personas con Discapacidad de 2006, que establece que *“cuando existe una legislación que entiende y considera la protección de la vida de la persona que va a nacer, no puede ser que esa misma legislación permita en el caso de que sea detectada una anomalía o tara fetal, por constituir un trato desigual por motivo de discapacidad, máxime cuando científicamente no se descarte una calidad de vida razonable tras el alumbramiento, dicho supuesto de discriminación sería tan inaceptable como podría serlo por razón de sexo o raza”*. Es decir, en aplicación actual de la doctrina del Tribunal Constitucional el niño con discapacidad no puede ser discriminado con respecto a otros niños.

En este punto se alude a la Constitución Española, concretamente a su artículo 10 apartado 2, que establece:

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretaran de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España.

Y a su artículo 14 que establece:



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

Así pues, los defensores de la modificación de la ley actual del aborto, llegan a una primera conclusión y es la desaparición del supuesto de aborto eugenésico o por discapacidad del “*nasciturus*”, que aluden a que el mismo se encuentra contemplado en la sentencia del Tribunal Constitucional como no inconstitucional.

Desde su perspectiva proceden al análisis del fundamento jurídico de la Sentencia anteriormente aludida, donde determinan que ésta ha quedado cuanto menos ambigua sino obsoleta, ya que hoy día, debido a los grandes avances de la medicina muchas de las deficiencias o malformaciones pueden ser corregidas desde el propio vientre materno, dando por tanto una aceptable o buena calidad de vida al nacido.

Siguiendo esta perspectiva resultaría absurdo y contradictorio, y desde el punto de vista jurídico, anticonstitucional por ser discriminatorio, que a un niño concebido se le pueda operar dentro del vientre de su madre por una deficiencia, y a su vez por el mismo motivo se le permita abortar.

Y es que el fundamento jurídico 11 apartado c de la Sentencia establecía:

c) El número 3 del artículo en cuestión contiene la indicación relativa a la probable existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto. El fundamento de este supuesto, que incluye verdaderos casos límite, se encuentra en consideración de que le recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia. La afirmación anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a aplicar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva.

En cuanto a los otros dos tipos de supuestos de despenalización del aborto contemplado en la doctrina del Tribunal Constitucional, como son el “*aborto ético*” y el “*aborto terapéutico*”, podemos establecer:

Para el caso de “*aborto ético*”, únicamente se exige la existencia de denuncia previa de la mujer durante las 12 primeras semanas de gestación. Este supuesto se eliminó en la



actual Ley que regula interrupción voluntaria del embarazo, aprobada por el PSOE, y actualmente en vigor, por su escasa incidencia con respecto al número de interrupciones de embarazo practicadas en España, y porque se encuentra dentro de la interrupción voluntaria del embarazo, que la propia ley contempla dentro de las primeras 14 semanas de gestación.

En este apartado los defensores del cambio de la actual ley, alegan que, mediante un lavado genital a la mujer violada durante las 24 horas siguientes a la violación, con objeto de evitar el contagio de posibles enfermedades como el Sida, permite también la imposibilidad, prácticamente, de que la mujer quede embarazada.

Para el caso de “*aborto terapéutico*”, que es el caso de despenalización del aborto que más fraude de ley ha producido en España, y a través del cual se practicaron el 97% de los abortos, antes de la entrada en vigor de la vigente y actual ley, ya estudiada, que lo regula, los defensores del cambio de la misma, establecen que de manera vergonzosa se ha dejado en manos de los propios abortistas el control y cumplimiento de la ley, con la firma de la madre en un folio en blanco y el simple certificado de un Psicólogo, que se encuentra controlado, en la mayoría de los casos, por la propia persona que va a interrumpir su embarazo. Así pues, poder ejecutivo del gobierno del Partido Popular, pretendía una reforma legal, para controlar, lo que se denomina el “turismo abortivo”, impidiendo que España se convierta en un “coladero legal”, y en un “paraíso del turismo abortista” para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

En ese momento, el gobierno se apoyaba en ese precepto, precisamente en la sentencia del Tribunal Constitucional donde estudia la figura del “*nasciturus*” sentando varios principios.

En el fundamento de derecho número 3º de esta sentencia, se analiza el alcance de la protección penal del “*nasciturus*”, recogiendo como doctrina clara:

“La vida humana es un devenir, un proceso que empieza con la gestación, en el curso del cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana y que termina con la muerte. Dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital, y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento.”

De estas consideraciones se puede deducir que, si la Constitución “protege la vida”, “no puede desprotegerla” en aquella etapa de su proceso que no solo es condición para la vida independientemente del claustro materno.



En el fundamento jurídico 7º, se establece que el “nasciturus”, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de nuestra Constitución Española, y esta protección implica un sistema legal de defensa de la vida y dado el carácter de derecho fundamental de la vida, debe de ser garantizado mediante la protección de las normas penales. Se pretende volver a la sanción penal para la mujer que decida interrumpir su embarazo.

En el fundamento 8º, donde establece si el legislador puede excluir en determinados supuestos la vida del “nasciturus” de la protección penal, es decir, la despenalización total del aborto, se determina que junto al valor de la vida humana, la Constitución ha elevado a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, su integridad física y moral, honor e intimidad personal y familiar,....

También determina que en los supuestos en la vida del “nasciturus” entre en conflicto con el derecho a la vida y la dignidad de la mujer, en la medida de que no pueda afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto, el legislador debe de ponderar y armonizar.

Y finaliza determinando que los tres supuestos de aborto, “ético”, “eugenésico” y “terapéutico”, con todas sus matizaciones y cumpliendo los requisitos que establecen no vulneran la Constitución Española.

Estos son los pilares sobre los que se va a apoyar la nueva ley del actual Gobierno del Partido Popular para la regulación de la interrupción del embarazo, que tanta polémica está suscitando.

La modificación de la L.O. 2/2010, de 3 marzo, por parte del PP, se apoya en los fundamentos jurídicos analizados, concretándose las líneas maestras de la futura ley, que se promulgue y cuyo desarrollo se encuentra en trámite legislativo, concretándose su modificación en⁵⁷:

- La obligación de enseñar las materias relativas a la salud sexual y reproductiva desde una perspectiva ideológica de género.
- La incorporación de la salud sexual y reproductiva en los programas curriculares de las carreras relacionadas con la medicina y las ciencias de la salud, incluyendo la investigación y la formulación clínica en la práctica de interrupción voluntaria del embarazo.
- La formación de profesionales de la salud en materia de IVE.

⁵⁷ Recurso de inconstitucionalidad n.º 4523-2010, en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. «BOE» núm. 165, de 8 de julio de 2010, páginas 59976 a 59976 (1 pág.)



- La garantía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo.
- El aborto de las mujeres de 16 a 17 años, que deberán ir a abortar acompañadas de sus tutores, salvo que justifiquen un conflicto extremo.
- La interrupción libre del embarazo dentro de las primeras 14 semanas de gestación.
- El aborto por causas medicas cuando no se superen las 22 semanas o existan anomalías del feto incompatibles con la vida.
- Las mujeres que opten voluntariamente por la interrupción del embarazo recibirán, en sobre cerrado, que contendrá todo un elenco de información necesaria, para que estas mujeres puedan tomar una decisión meditada ante esta situación. Se hace especial referencia a que esta información será proporcionada de forma accesible para aquellas personas con discapacidad.
- La regulación de la objeción de conciencia plasmada en la ley, que se limita solo al personal sanitario directamente implicado en el IVE.
- La modificación de la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente, y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica*, por la que se establece que la práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida se regirá por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y las disposiciones especiales de aplicación.

A día de hoy y admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional, y pese al carácter preferente de resolución que el PP, sugirió al Tribunal Constitucional sobre esta cuestión, éste aún no se ha pronunciado al respecto. De manera que la falta de resolución firme y expresa sobre la presente L.O. 2/2010, de 3 de marzo, no determina su constitucionalidad o inconstitucionalidad, pero si el debate social y político de la misma está garantizado y servido, mediante el anuncio de una nueva legislación en materia de aborto en España.

A falta de pronunciamiento expreso por parte del Tribunal Constitucional el poder ejecutivo de nuestro país continúa legislando en la materia de manera que, el 22 de septiembre del año 2015, se aprueba la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en



la interrupción voluntaria del embarazo⁵⁸, que recoge el aspecto más importante en su artículo segundo:

Modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Se modifica el apartado 5 del artículo 9, que queda redactado de la siguiente manera:

«5. La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.»

El aspecto más importante de esta ley es poder superar la particularidad que introducía la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que extiende la facultad de otorgar el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo a las menores de 16 y 17 años, equiparándose su régimen al de las mujeres mayores de edad, regulado en el Código Civil y en la última modificación de la Ley de autonomía del paciente⁵⁹, donde se rectifica el sistema de consentimiento de las menores para la interrupción del embarazo.

Esta modificación implica que para que una menor pueda interrumpir voluntariamente su embarazo será necesario, además de expresar su voluntad, el consentimiento expreso de los padres o quienes ostenten la patria potestad, haciendo especial remisión al Código Civil para la resolución de los conflictos que pudieran surgir, que tendrán como fin último el interés superior del menor.

⁵⁸ Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo «BOE» núm. 227, de 22 de septiembre de 2015, páginas 83586 a 83587 (2 págs.),

⁵⁹ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica «BOE» núm. 274, de 15/11/2002.



9. ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO.

En la actualidad el ejecutivo formado por la coalición PSOE y Unidas Podemos trabajan en la modificación de la ley vigente de interrupción voluntaria del embarazo analizada. La legitimación parte del reforzamiento a las adolescentes de 16 y 17 años, así como a las mujeres con discapacidad, para que puedan interrumpir voluntariamente su embarazo, al igual que cualquier otra mujer, sin requerir del consentimiento de sus padres o tutores legales. La norma pretende garantizar la prestación del servicio de interrupción voluntaria del embarazo en los centros públicos hospitalarios, así como permitir a las mujeres que puedan tomar sus decisiones respecto a la interrupción voluntaria del embarazo de manera libre.

Para ello se fundamenta jurídicamente en el artículo 14 de la Constitución Española, así como en el artículo 9.2 de la misma, con el objetivo de promover las condiciones para que la igualdad de las personas sea reales y efectivas. Además, va íntimamente ligado con el artículo 15, 17 y 18.1 de nuestra Constitución en lo relativo al derecho a la vida, integridad física y moral; el derecho a la libertad, la seguridad y la intimidad personal y familiar.

A nivel europeo este anteproyecto incide sobre la importancia de garantizar los derechos sexuales y reproductivos en la Unión Europea, mediante la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de junio de 2021⁶⁰.

Este anteproyecto de ley, con rango de Ley Orgánica, pues afecta al desarrollo de derechos fundamentales, consta de un artículo único, que modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo y una parte final formada por nueve disposiciones finales.

La disposición final tercera introduce una modificación de la Modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, para eliminar del artículo 9.5 el párrafo que obliga a las menores de edad y discapacitadas a recabar de manera expresa el consentimiento por parte de sus padres o tutores legales, para poder interrumpir voluntariamente su embarazo.

⁶⁰ https://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/701682-r-parlamento-europeo-24-jun-2021-situacion-de-la-salud-y-los-derechos-sexuales.html



En este apartado se han recogido los aspectos más relevantes de este anteproyecto, que al encontrarse en fase de tramitación puede ser susceptible de enmiendas por lo que, se procederá al desarrollo y estudio exhaustivo una vez que, se haya finalizado el procedimiento legislativo y por tanto se haya procedido a su sanción y promulgación.

10. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA AL ABORTO: FUNDAMENTOS PARA LA REGULACIÓN DE CONCIENCIA AL ABORTO EN LA LEGISLACIÓN.

Como punto de partida, se tomará en consideración el fundamento jurídico número 14 de la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985,⁶¹ que establece y reconoce la posibilidad de ejercicio de la objeción de conciencia al aborto. Sin embargo, es muy complejo y variable el ejercicio de la misma por lo que se hace necesario una normativa que marque el mínimo exigido para el ejercicio de tal derecho. Realizando un paralelismo con el Derecho comparado, comprobamos que se aprecia una idéntica coincidencia en su regulación positivo-legal, dejando patente que toda despenalización del aborto debe llevar inseparablemente unida la admisión del derecho a su posible objeción de conciencia por los profesionales que deben llevarla a efecto.

El Tribunal Constitucional reconoce el derecho a la objeción de conciencia como parte del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de nuestra Constitución, asegurando la protección a los objetores en la misma línea que, la Constitución asegura la protección a la vida⁶².

Así pues, la futura regulación que, el anteproyecto de ley de modificación de la actual legislación sobre el aborto que, se encuentra en fase de tramitación debería afrontar los siguientes puntos:

- **SUJETOS:** Los objetores pueden ser tanto personas físicas (médicos, auxiliares,...) como entes institucionales públicos y/o privados, que establezcan, de manera expresa, la restricción de prácticas abortivas en sus instalaciones.
- **ACTIVIDADES SUJETAS A LA OBJECIÓN:** Actividades de participación directa e indirecta en la interrupción del embarazo, definiendo el radio de acción de la objeción, así como su alcance.

⁶¹ Véase STC 53/1985, de 11 de abril de 1985.

⁶² Véase Fundamento Jurídico 9 y 5 de la STC 53/1985, de 11 de abril de 1985



- **CONDICIÓN DE MANIFESTACIÓN:** Los profesionales que decidan ejercer su derecho a la objeción NO tendrán que estar obligados a realizar una manifestación preventiva ni anotación registral de su intención de no participar en los procesos de interrupción del embarazo, bastando plantear su negativa, caso por caso, comunicando a la gestante en el primer momento de su objeción al aborto planteado.
- **LÍNEAS:** No parece necesario el establecimiento de límites sobre los abortos terapéuticos, ya que, la mayoría de las legislaciones en términos médicos ha planteado la dificultad de establecer cuando un aborto es necesario e imprescindible para salvaguardar la vida de la madre.
- **SEGREGACIÓN:** Será necesario el establecimiento de disposiciones para evitar la eventual y posible discriminación de los profesionales que decidan ejercer la objeción a la práctica del aborto.

11. CONCLUSIONES.

El aborto es uno de los temas más polémicos y controvertidos en la sociedad occidental durante los últimos veinticinco años.

Existen muchos puntos de vista, pues son muchos los condicionantes y matices que lo hace un tema delicado, que traspasa los límites de lo racional para adentrarse en lo emocional. En definitiva, el discurso sobre el aborto nos hace pensar o llevarnos hacia *“personas buenas o personas malas”*.

La interrupción voluntaria del embarazo enfrenta el principio ético de respeto a la vida y el derecho de cada mujer a elegir libremente. Estas son las dos posturas muy delimitadas frente al aborto; una que determina que, el aborto es un derecho de la mujer, y otra que, defiende la vida del ser que está por nacer, pues la considera distinta de la madre, aunque dependiente de ésta.

Por tanto, estos son los dos enfoques que tenemos que diferenciar, por un lado, el enfoque ético o moral, determinado por el razonamiento de cada persona de manera individual, y que en función de determinados “codificadores” o decodificadores”, en la manera de enjuiciar su comportamiento y practica social, determinaran el razonamiento



positivo o negativo sobre la interrupción voluntaria del embarazo o aborto, propiamente dicho. Este enfoque, en el que nadie puede influenciar, ni por asomo legislar, depende intrínsecamente de los principios éticos y morales que, conforman la estructura personal de cada ser humano, y que nadie debe ni puede controlar.

Por otro lado, se encuentra el enfoque general, determinado por el Estado como garante del libre ejercicio de las libertades y derechos de las personas que conviven en sociedad. El Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la vida, proclamado en nuestra Constitución Española, y en este apartado me permito exponer que mediante el principio de intervención mínima del Derecho Penal. Es importante tener en cuenta que la penalización del aborto no disminuirá su práctica, ya que se sabe que tiene lugar con independencia de su legalidad o ilegalidad, dando lugar al turismo abortivo y a la desigualdad social. La persona que desee abortar lo hará, con independencia de si está o no prohibido, si lo tiene que hacer en España o en otro país, o si tiene medios o no, ya ideara la forma de lograr su objetivo.

Es fundamental para corregir que, las mujeres embarazadas tengan que recurrir al aborto voluntario, para ello será fundamental incidir en el enfoque preventivo a través de la educación sexual y reproductiva, tratando de sensibilizar y concienciar, sobre todo, a los jóvenes de una vivencia y de una sexualidad segura. El Estado no puede quedar impasible ante esto, debemos de promocionar una sexualidad en términos de igualdad y corresponsabilidad, es la única manera de impedir embarazos no deseados, enfermedades de transmisión sexual,....Este enfoque preventivo debe de empezar a ser real y efectivo, a no tener resistencia por parte de nadie, a empezar desde las edades tempranas de la adolescencia, donde se tiene que inculcar una verdadera conciencia sexual, que conlleva a un modelo de vida sexual saludable que en definitiva impida los abortos no deseados.

La aplicación del Código Penal en este asunto, siempre, siempre llegará tarde, porque no podrá corregir en nada lo sucedido u ocurrido, sólo castigará y agravará, aún más, el problema, dejando la postura clara de que el Código Penal, deberá determinar hasta donde una interrupción voluntaria del embarazo no constituye ilícito penal y desde donde sí lo constituye, pero que, en todo caso, Sí deberá permitir la interrupción voluntaria del mismo, con sus condicionantes y matices.

No se niega que, la ley 2/2010, de 3 de marzo, ya analizada, contiene lagunas y un toque de parcialidad proclive al aborto, ya que deja varios cabos sueltos que dan problemas



de aplicación, como son el de la objeción de conciencia, el contenido informativo de las mujeres embarazadas que desean interrumpir voluntariamente su embarazo o la permisividad de que, las adolescentes no emancipadas puedan realizarlo con desconocimiento, ausencia u oposición de sus padres. El actual anteproyecto de ley de modificación de la ley interrupción del embarazo, pretende dar solución a la problemática tratada, debiendo esperar a su promulgación para estudiar su contenido y sí, verdaderamente, ha solucionado estos problemas tratados.

Permitir la interrupción del embarazo, supone regular el ejercicio de un derecho de la mujer, respetando su dignidad y desarrollo como persona, dejando claro y patente que no es un juego ni mucho menos un procedimiento anticonceptivo. Se deberá dejar claro, ante la sociedad en su conjunto, que la regulación del aborto no entraña obligación alguna a nadie, ya que para las personas que no desean el aborto por su condición moral, ética o religiosa no les impone nada, pero sí el Estado debe ser tolerante y legislar para una sociedad, con diversidad de opiniones, pensamientos, principios,...que permita que, la mujer embarazada que desee recurrir a ello, lo pueda hacer con garantía de no ser repudiada y sobre todo pueda y deba hacerlo de forma segura.

BIBLIOGRAFIA.

- *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.*
- *El aborto y el futuro Código Penal, Artículo presentado en V Jornadas de Profesores de Derecho Penal, en Segovia, mayo-junio de 1984.*
- *Gabriel Martí, Andrés. Sustancia individual de naturaleza racional: El principio personificador y la índole del alma separada. Metafísica y Persona. Filosofía, conocimiento y vida Año 1. enero-junio 2009. Número 1.*
- *López de la vieja, T. capítulo “Ética y género” pp. 157-173 y LYDIA FEITO, capítulo.” El aborto”, pp. 175-206, en J. M^a Gómez Heras (coord.) “Dignidad de la vida y manipulación genética”. Madrid: Biblioteca Nueva. 2002.*
- *Informe del Comité de personas expertas sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España y propuestas para una nueva regulación, 5 de marzo de 2009.*



- *Informe del Comité de Bioética de España sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada, 17 de mayo de 2014.*
- *La objeción de conciencia al aborto: Derecho comparado y Derecho español. Rafael Navarro-Valls. Anuario de derecho eclesiástico del estado, ISSN 0213-8123, NÚMERO 2, 1986, pp. 257-310.*
- *Memoria del análisis de impacto normativo del anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, del Ministerio de Igualdad y Sanidad de España.*
- *Memoria del análisis de impacto normativo del anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*
- *Gavira a, Silvia L. “Aspectos Psicológicos y Psiquiátricos del aborto inducido”, Revista AVANCES Vol. 5 Núm.1. Enero 2004.*
- *González Moran, Luis. De la bioética al bioderecho. Libertad, vida y muerte. Dykinson, 2006.*
- *Lamn, Eleonora, Las restricciones de acceso a un aborto legal y seguro como violación de los derechos humanos de las mujeres. Universidad de Barcelona, Cátedra UNESCO de Bioética de la UB, mayo de 2008. (<http://hdl.handle.net/2445/11421>)*
- *Revista Sociológica de Pensamiento Crítico, INTERSTICIOS ISSN 1887-3898.*
- *Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas-2002, ISSN 1132-0877.*
- *Revista Internacional de Filosofía. Contrastes, volumen X (2005), ISSN:1136-4076*
- *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado 23 (2010).*
- *Revista General de Legislación Tomo LXXXVIII De la Segunda Época, febrero de 1984.*
- *Rubiales Torrejón, Amparo. Conferencia: “Evolución de la situación jurídica de la mujer en España”. 31 de octubre de 2003.*



- Rubio Carracedo, José. “Algunas precisiones sobre la argumentación a favor y en contra del aborto”. *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*, Vol. X (2005), pp. 79-98. ISSN: 1136-4076
- Salinero Alonso, Carmen. *El aborto no punible en el ordenamiento jurídico español: la -casi eterna- respuesta a una incertidumbre*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, artículos RECPC 20-31, pp.1-34 ISSN 1695-0194 (2018).
- Sentencia Tribunal Constitucional 212/1996, de 19 de diciembre de 1996, «BOE» núm. 19, de 22 de enero de 1997, páginas 32 a 43 (12 págs.). BOE-T-1997-1180.
- Vázquez Garranzo, Javier. 2010. “La nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo” *Derecho y salud*, volumen 20, número 2, Julio-Diciembre 2010.

