



Universidad
de Alcalá

COMISIÓN DE ESTUDIOS OFICIALES
DE POSGRADO Y DOCTORADO

ACTA DE EVALUACIÓN DE LA TESIS DOCTORAL

Año académico 2016/17

DOCTORANDO: **UMAÑA ALVARADO, TATIANA REBECA**
D.N.I./PASAPORTE: ****2509D

PROGRAMA DE DOCTORADO: **D431-DERECHO**
DEPARTAMENTO DE: **CIENCIAS JURÍDICAS**
TITULACIÓN DE DOCTOR EN: **DOCTOR/A POR LA UNIVERSIDAD DE ALCALÁ**

En el día de hoy 22/02/17, reunido el tribunal de evaluación nombrado por la Comisión de Estudios Oficiales de Posgrado y Doctorado de la Universidad y constituido por los miembros que suscriben la presente Acta, el aspirante defendió su Tesis Doctoral, elaborada bajo la dirección de **M^a. TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS**.

Sobre el siguiente tema: **LA NECESARIA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO VOLUNTARIO**

Finalizada la defensa y discusión de la tesis, el tribunal acordó otorgar la CALIFICACIÓN GLOBAL¹ de (no apto, aprobado, notable y sobresaliente): **SOBRESALIENTE**

Alcalá de Henares, 22 de febrero de 2017

EL PRESIDENTE

Fdo.: Mercedes Perez

EL SECRETARIO

Fdo.: Encarnación Carmona

EL VOCAL

Fdo.: María Jesús Cuervo Arnao

Con fecha 29 de marzo de 2017 la Comisión Delegada de la Comisión de Estudios Oficiales de Posgrado, a la vista de los votos emitidos de manera anónima por el tribunal que ha juzgado la tesis, resuelve:

- Conceder la Mención de "Cum Laude"
 No conceder la Mención de "Cum Laude"

FIRMA DEL ALUMNO,

Tatiana Rebeca Umaña Alvarado

Fdo.:

La Secretaria de la Comisión Delegada

¹ La calificación podrá ser "no apto" "aprobado" "notable" y "sobresaliente". El tribunal podrá otorgar la mención de "cum laude" si la calificación global es de sobresaliente y se emite en tal sentido el voto secreto positivo por unanimidad.

INCIDENCIAS / OBSERVACIONES:

El presente documento es una copia de un documento original que se encuentra en el archivo de la biblioteca de la Universidad de la Habana. El original se encuentra en el archivo de la biblioteca de la Universidad de la Habana. El presente documento es una copia de un documento original que se encuentra en el archivo de la biblioteca de la Universidad de la Habana. El original se encuentra en el archivo de la biblioteca de la Universidad de la Habana.

El presente documento es una copia de un documento original que se encuentra en el archivo de la biblioteca de la Universidad de la Habana. El original se encuentra en el archivo de la biblioteca de la Universidad de la Habana.

En aplicación del art. 14.7 del RD. 99/2011 y el art. 14 del Reglamento de Elaboración, Autorización y Defensa de la Tesis Doctoral, la Comisión Delegada de la Comisión de Estudios Oficiales de Posgrado y Doctorado, en sesión pública de fecha 29 de marzo, procedió al escrutinio de los votos emitidos por los miembros del tribunal de la tesis defendida por *UMAÑA ALVARADO, TATIANA REBECA*, el día 22 de febrero de 2017, titulada *LA NECESARIA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO VOLUNTARIO*, para determinar si a la misma se le concede la mención “cum laude”, arrojando como resultado, 3 votos en contra.

Por lo tanto, la Comisión de Estudios Oficiales de Posgrado **resuelve no otorgar la Mención de “cum laude”** a dicha Tesis.

Alcalá de Henares, 31 de marzo de 2017

EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN DE ESTUDIOS
OFICIALES DE POSGRADO Y DOCTORADO



Juan Ramón Velasco Pérez

Copia por e-mail a:

Doctorando: UMAÑA ALVARADO, TATIANA REBECA

Secretario del Tribunal: ENCARNA R. CARMONA CUENCA.

Directora de Tesis: M^{ra}. TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS



FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Ciencias Jurídicas

Programa de Doctorado
“Problemas Básicos del Derecho y Derecho Penal”

LA NECESARIA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO VOLUNTARIO

Tesis doctoral presentada por
TATIANA REBECA UMAÑA ALVARADO

Directora de tesis:
PROF. DRA. DÑA. TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS
Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá

Alcalá de Henares, 2016



DEPARTAMENTO DE
CIENCIAS JURÍDICAS
Facultad de Derecho
C/ Libreros, 27
28801 Alcalá de Henares (Madrid)
☎ 91 885 43 52/53/54
dpto.cjuristicas@uah.es

D. GUILLERMO ESCOBAR ROCA, Director del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Alcalá,

CERTIFICA,

Que la Tesis Doctoral elaborada por Dña. Tatiana Rebeca Umaña Alvarado, que lleva por título "*La necesaria despenalización del aborto voluntario*", ha sido realizada en el Departamento de Ciencias Jurídicas de esta Facultad de Derecho, bajo la dirección de la Profesora Doctora Dña. Teresa Rodríguez Montañés, Profesora Titular de Derecho Penal de esta Universidad.

Que los resultados obtenidos y la seriedad y rigor con que el doctorando ha desarrollado su trabajo de investigación, me permiten mostrar mi plena conformidad con que proceda a defenderlo públicamente ante la Comisión correspondiente.

Y para que así conste ante quien corresponda, firmo el presente certificado en Alcalá de Henares, a 29 de noviembre de 2016.





DEPARTAMENTO DE
CIENCIAS JURÍDICAS
Facultad de Derecho
C/ Libreros, 27
28801 Alcalá de Henares (Madrid)
91 8854352/53/54
dpto.ccjuridicas@uah.es

Dña. TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Catedrática de Derecho Penal
de la Universidad de Alcalá,

CERTIFICA,

Que la Tesis Doctoral elaborada por Dña. Tatiana Rebeca Umaña Alvarado, que lleva por título *“La necesaria despenalización del aborto voluntario”*, ha sido realizada en el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, bajo mi dirección.

Que los resultados obtenidos y la seriedad y rigor con que el doctorando ha desarrollado su trabajo de investigación, me permiten mostrar mi plena conformidad con que proceda a defenderlo públicamente ante la Comisión correspondiente.

Y para que así conste, ante quien corresponda, firmo el presente certificado en la ciudad de Alcalá de Henares de Madrid, a 29 de noviembre de 2016.



DEDICATORIA

A Gualber, por encima de todo, por apoyarme incondicionalmente durante este proceso, sin cuya ayuda este propósito hubiese resultado mucho más difícil.

A Teresa, por haber creído siempre en mí y haberme ayudado incesantemente.

A mi familia, que aún a la distancia me ha animado siempre a seguir adelante.

A mis amigos y amigas, mi gran familia española, quienes han hecho más agradable esta etapa de mi vida.

A todas las mujeres, porque dar la vida sólo puede ser un proyecto basado en la libertad.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	12
INTRODUCCIÓN.....	15
1ª PARTE. LA REGULACIÓN DEL ABORTO EN EL DERECHO ESPAÑOL: EVOLUCIÓN Y DIVERSOS MODELOS.....	20
CAPÍTULO I. EL SISTEMA DE PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL ABORTO	21
1. <i>La regulación legal del aborto durante el régimen de prohibición absoluta</i>	<i>21</i>
1.1. El Código Penal de 1822	23
1.2. El Código Penal de 1848	24
1.3. El Código Penal de 1870	26
1.4. El Código Penal de 1928	27
1.5. El Código Penal de 1932	28
1.6. El Decreto de Regulación de la Interrupción Artificial del Embarazo	29
1.7. La Ley para la protección de la natalidad contra el aborto y la propaganda anticoncepcionista	32
1.8. El Código Penal de 1944, texto revisado de 1963 y texto refundido de 1973	36
a) El tipo objetivo	38
b) El tipo subjetivo	42
c) Las modalidades de aborto	42
2. <i>La realidad social del aborto en España durante su prohibición absoluta</i>	<i>54</i>
3. <i>Las excepciones a la punición absoluta del aborto: aproximación jurisprudencial</i>	<i>62</i>
4. <i>La discusión doctrinal en torno a la prohibición absoluta del aborto</i>	<i>64</i>
4.1. El estudio doctrinal de la justificación del aborto mediante la aplicación del estado de necesidad	64
4.2. La necesidad de despenalizar el aborto: modelos alternativos	66
a) El sistema de indicaciones	70
b) El sistema del plazo	74
4.3. El conflicto subyacente en torno a la constitucionalidad de la despenalización del aborto prohibido.....	77
a) El <i>nasciturus</i> como titular del derecho fundamental a la vida	78
b) La vida humana en formación como bien jurídico protegido	85
c) El conflicto entre bienes jurídicos en el delito de aborto.....	87
CAPÍTULO II. LA DESPENALIZACIÓN PARCIAL DEL ABORTO CONSENTIDO MEDIANTE EL MODELO DE INDICACIONES	93
1. <i>El Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal.....</i>	<i>98</i>
2. <i>El recurso previo de inconstitucionalidad núm. 800/1983.....</i>	<i>100</i>
2.1. Los motivos del recurso	101

2.2. Las alegaciones del Abogado del Estado.....	109
3. <i>La Sentencia 53/1985, de 11 de abril, del Tribunal Constitucional español</i>	115
3.1. El alcance de la protección constitucional del <i>nasciturus</i>	117
3.2. El concepto de vida, la relevancia de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y el fruto de la gestación visto como un “ <i>tertium</i> ” existencial	119
3.3. La vida del <i>nasciturus</i> como bien jurídico protegido en el artículo 15 de la Constitución española.....	119
3.4. Las obligaciones del Estado derivadas de la protección constitucional del <i>nasciturus</i>	121
3.5. El carácter no absoluto de la protección jurídica de la vida del <i>nasciturus</i>	122
3.6. El valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona	122
3.7. La posible exclusión específica de la punibilidad.....	123
3.8. El reconocimiento expreso de la constitucionalidad de las indicaciones	125
3.9. El incumplimiento de las exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 de la Constitución española.....	127
3.10. El consentimiento del padre en el aborto terapéutico y ético	131
3.11. La objeción de conciencia, el consentimiento de la mujer menor de edad o sometida a tutela y la inclusión del aborto en el régimen de la Seguridad Social	132
4. <i>La Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, que incorpora el sistema de indicaciones</i>	133
4.1. Los requisitos generales de las indicaciones.....	136
a) El consentimiento expreso de la mujer embarazada.....	136
b) La ejecución del aborto por un médico o bajo su dirección	137
c) La ejecución del aborto en centro médico autorizado al efecto	138
4.2. Los requisitos específicos de las indicaciones.....	140
a) Los requisitos específicos de la indicación terapéutica	140
b) Los requisitos específicos de la indicación ética.....	143
c) Los requisitos específicos de la indicación eugenésica o embriopática.....	145
5. <i>El escenario social y jurisprudencial del aborto en España durante la vigencia del sistema de indicaciones</i>	151
5.1. Las circunstancias sociales en torno al sistema de indicaciones	152
5.2. La jurisprudencia en torno a los requisitos formales de las indicaciones.....	161
a) Referente al dictamen emitido por psicólogo o médico ginecólogo y obstetra	162
b) Referente al dictamen emitido por el mismo médico que ejecuta el aborto	163
c) Referente a la forma y al contenido del dictamen	163
d) Referente al tratamiento de la mujer embarazada	165
6. <i>Las deficiencias del sistema de indicaciones español del artículo 417 bis del Código Penal</i>	169
6.1. El menoscabo de los derechos fundamentales de la mujer embarazada	170
6.2. La inseguridad jurídica para todos los intervinientes en el aborto	172
6.3. Las dificultades territoriales y económicas para acceder al aborto legal y la falta de regulación de la objeción de conciencia	173
6.4. La falta de regulación del consentimiento de las mujeres embarazadas menores de edad	176

7. <i>La regulación del aborto punible en el Código Penal de 1995</i>	182
7.1. Consideraciones generales.....	187
a) El bien jurídico protegido	187
b) El sujeto pasivo	189
c) El objeto material.....	191
d) El tipo objetivo	193
e) El tipo subjetivo	196
f) Cuestiones concursales.....	197
7.2. Las modalidades de aborto.....	198
a) El aborto doloso realizado por un tercero.....	198
b) El aborto doloso producido por la mujer embarazada.....	203
c) El consentimiento de la mujer embarazada para el aborto	204
d) El aborto imprudente producido por un tercero.....	204
8. <i>El debate sobre los modelos alternativos a las indicaciones y su conformidad constitucional</i>	207
8.1. Los modelos alternativos al sistema de indicaciones.....	208
a) El sistema de indicaciones en sentido amplio.....	209
b) El sistema puro del plazo.....	211
c) El sistema de indicaciones con decisión última de la mujer	212
d) El sistema del plazo con asesoramiento.....	214
8.2. La discusión sobre la constitucionalidad de los modelos de despenalización alternativos al sistema de indicaciones	216
a) La constitucionalidad del sistema de indicaciones en sentido amplio.....	217
b) Los problemas de constitucionalidad del sistema puro del plazo	219
c) El sistema de indicaciones con decisión última de la mujer y sus problemas constitucionales.....	225
d) El sistema del plazo con asesoramiento y su conformidad con la Constitución española.....	228
9. <i>Cuestiones a tener en cuenta para la reforma del sistema de indicaciones del artículo 417 bis del Código Penal</i>	233
CAPÍTULO III. LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO VOLUNTARIO MEDIANTE EL SISTEMA DEL PLAZO CON ASESORAMIENTO	238
1. <i>El objeto de la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo</i>	240
1.1. Garantizar los derechos fundamentales de las mujeres en el ámbito de la salud sexual y reproductiva.....	240
1.2. Regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo	243
1.3. Establecer las obligaciones de los poderes públicos en todo lo concerniente a la interrupción voluntaria del embarazo.....	244
2. <i>La regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo</i>	247
2.1. Los requisitos comunes de la interrupción voluntaria del embarazo.....	248

a)	La práctica del aborto por un médico especialista o bajo su dirección	249
b)	La ejecución del aborto en un centro sanitario acreditado al efecto	250
c)	El consentimiento expreso y escrito de la mujer embarazada.....	252
2.2.	El asesoramiento previo	256
a)	Información común para todos los supuestos de interrupción del embarazo.....	257
b)	Información en caso de la interrupción del embarazo a petición de la mujer	258
c)	Información en caso de la interrupción del embarazo por riesgo de graves anomalías en el feto cuando no se superen las 22 semanas de gestación	259
2.3.	La interrupción voluntaria del embarazado a petición de la mujer.....	260
a)	El modelo del plazo con asesoramiento	260
b)	Los requisitos específicos de la interrupción del embarazo a petición de la mujer	261
2.4.	La interrupción voluntaria del embarazado por causas médicas	263
a)	El modelo de indicaciones	263
3.	<i>La regulación del aborto punible a partir de la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.....</i>	<i>277</i>
a)	El aborto doloso producido por un tercero sin consentimiento	278
b)	El aborto doloso producido por un tercero con consentimiento.....	279
c)	Autoaborto doloso y responsabilidad de la mujer gestante por otorgar su consentimiento para que otro le produzca el aborto	281
d)	Aborto imprudente producido por un tercero	281
e)	El nuevo delito de incumplimiento de los requisitos procedimentales de un aborto no punible.....	282
4.	<i>El recurso de inconstitucionalidad número 4523-2010</i>	<i>289</i>
4.1.	Los motivos del recurso	293
5.	<i>El debate sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.....</i>	<i>307</i>
5.1.	La superación de las deficiencias del sistema de indicaciones a partir de la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo	308
a)	El respeto de los derechos fundamentales de la mujer embarazada.....	309
b)	El restablecimiento del principio de legalidad	314
c)	El acceso a la prestación abortiva en condiciones de igualdad y los límites del derecho a la objeción de conciencia.....	315
d)	La regulación del consentimiento de las menores de edad de 16 y 17 años	321
e)	Conclusiones acerca de la superación de las deficiencias del sistema de indicaciones a partir de la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo	330
5.2.	La tutela efectiva de la vida del <i>nasciturus</i>	331
a)	Las medidas en el ámbito educativo, sanitario y social.....	335
b)	El asesoramiento previo	338
c)	El plazo de impunidad.....	343
d)	Las exigencias especiales para la legalidad del aborto a medida que avanza el proceso de desarrollo de la gestación	346

e) El recurso al Derecho penal como “ <i>ultima ratio</i> ”	355
f) Conclusiones sobre la tutela efectiva del <i>nasciturus</i>	359
5.3. La constitucionalidad del modelo del plazo con asesoramiento de la Ley Orgánica 2/2010. ¿El modelo de las indicaciones como única opción legítima?	361
a) Conclusiones acerca de la constitucionalidad del modelo del plazo con asesoramiento de la Ley Orgánica 2/2010 y la consideración del modelo de las indicaciones como única opción legítima.....	373
CAPÍTULO IV. EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DE LA VIDA DEL CONCEBIDO Y DE LOS DERECHOS DE LA MUJER EMBARAZADA	376
1. <i>La incorporación de dos únicas indicaciones: terapéutica y criminológica</i>	378
1.1. La indicación terapéutica	378
1.2. La indicación criminológica	381
2. <i>La fase de asesoramiento obligatoria para ambas indicaciones</i>	381
2.1. El asesoramiento asistencial.....	382
2.2. La información clínica	384
2.3. El plazo de espera	384
3. <i>La supresión de la validez del consentimiento de las menores de edad</i>	385
4. <i>La impunidad de la mujer embarazada</i>	390
5. <i>Conclusiones sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada</i>	392
CAPÍTULO V. EL CONSENTIMIENTO DE LAS MENORES DE EDAD PARA LA INTERRUPTIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO A PARTIR DE LA LEY ORGÁNICA 11/2015 PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN DE LAS MENORES Y MUJERES CON CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE EN LA INTERRUPTIÓN DEL EMBARAZO	395
2ª PARTE. LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL ABORTO EN EL DERECHO COMPARADO	399
CAPÍTULO I. EL ABORTO EN EUROPA.....	400
1. <i>La regulación jurídica del aborto en Alemania</i>	402
1.1. La Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, BVerfGE 39, 1, de 25 de febrero de 1975	404
1.2. La Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, BVerfGE 88, 203, de 28 de mayo de 1993	407
a) La protección del bien jurídico vida humana en formación.....	408
b) La función del Derecho penal.....	409
c) El asesoramiento previo	411
1.3. La actual regulación legal del aborto en Alemania.....	413
a) El aborto punible.....	414
b) El aborto no punible.....	414
c) La interrupción voluntaria del embarazo sin dictamen médico preceptivo o con un dictamen médico incorrecto	416
d) El incumplimiento del deber médico en los casos de la interrupción del embarazo	417
e) El asesoramiento previo	417

f) La publicidad de la práctica de la interrupción del embarazo con fines lucrativos.....	418
g) La puesta en circulación de medios para interrumpir el embarazo.....	419
1.4. Conclusiones sobre la regulación jurídica del aborto en Alemania.....	419
2. <i>La regulación del aborto en el Reino Unido</i>	421
2.1. La regulación del aborto en Gran Bretaña.....	421
2.2. El marco jurídico actual del aborto en Irlanda del Norte.....	423
3. <i>La regulación del aborto en Irlanda</i>	429
4. <i>La regulación del aborto en Portugal</i>	434
5. <i>La regulación del aborto en Italia</i>	438
5.1. La Sentencia de la Corte Constitucional italiana 27/1975	439
5.2. El actual sistema de indicaciones italiano de la Ley 194 de 1978	440
a) Durante los primeros 90 días de gestación	440
b) Después de los primeros 90 días de gestación	442
c) Cuestiones generales del sistema de indicaciones italiano.....	443
5.3. El aborto punible en la Ley 194 de 1978	445
5.4. Conclusiones acerca de la regulación del aborto en Italia.....	446
CAPÍTULO II. EL ABORTO EN ESTADOS UNIDOS Y CANADÁ	449
1. <i>La regulación del aborto en Estados Unidos</i>	449
1.1. Sentencia Roe contra Wade	450
1.2. La evolución de la jurisprudencia constitucional sobre el aborto voluntario en Estados Unidos	454
a) Sentencia Doe contra Bolton.....	455
b) Sentencias Planned Parenthood of Central Missouri contra Danforth, Bellotti contra Baird, H. L. contra Matheson, Hodgson contra Minnesota y Ohio contra Akron Center for Reproductive Health.....	456
c) Sentencias Maher contra Roe y Harris contra McRae	457
d) Sentencias City of Akron contra Akron Center for Reproductive Health, Planned Parenthood Association of Kansas City, Missouri contra Ashcroft, y Simopoulos contra Virginia.....	458
e) Sentencia Webster contra Reproductive Health Services	459
f) Sentencia Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania contra Casey	460
g) Sentencia Stenberg contra Carhart	463
h) Sentencia Gonzalez contra Carhart	465
1.3. Recapitulación sobre la regulación del aborto en Estados Unidos	467
2. <i>La regulación del aborto en Canadá</i>	469
CAPÍTULO III. EL ABORTO EN LATINOAMÉRICA.....	473
1. <i>La prohibición absoluta del aborto en América Latina</i>	476
1.1. La prohibición absoluta del aborto en Nicaragua.....	477
1.2. La prohibición absoluta del aborto en República Dominicana	483
1.3. La prohibición absoluta del aborto en El Salvador	487

1.4. Epílogo de la prohibición absoluta del aborto en Latinoamérica.....	494
2. <i>La regulación del aborto en Chile</i>	496
2.1. Proyecto de Ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales	500
3. <i>La situación del aborto en Costa Rica</i>	502
3.1. Conclusiones sobre la situación del aborto en Costa Rica.....	509
4. <i>La regulación del aborto en Colombia</i>	510
4.1. La jurisprudencia constitucional colombiana en materia de aborto anterior a la Sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006	512
a) Sentencia de la Corte Constitucional C-133 de 17 de marzo de 1994.....	512
b) Sentencia de la Corte Constitucional C-013 de 23 de enero de 1997	515
c) Sentencia de la Corte Constitucional C-647 de 20 de junio de 2001.....	517
4.2. Sentencia de la Corte Constitucional C-355 de 10 de mayo de 2006.....	518
a) La vida como bien constitucionalmente relevante que debe ser protegido por el Estado y su diferencia con el derecho a la vida.....	520
b) La vida y los tratados internacionales de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad.....	521
c) Los derechos fundamentales de las mujeres en la Constitución Política colombiana y en el Derecho internacional.....	523
d) Los límites a la potestad de configuración del legislador en materia penal.....	527
e) La cuestión del aborto en el Derecho comparado.....	532
f) La inconstitucionalidad de la prohibición total del aborto	533
g) La inexecutable de la expresión “o en mujer menor de catorce años” contenida en el artículo 123 del Código Penal	540
h) De la inexecutable de la disposición contenida en el artículo 124 del Código Penal.....	541
i) La constitucionalidad del numeral 7 del artículo 32 del Código Penal	541
j) Consideraciones finales de la Sentencia.....	542
4.3. Conclusiones concernientes a la Sentencia de la Corte Constitucional C-355-06	543
5. <i>El sistema del plazo en Latinoamérica</i>	547
5.1. El sistema del plazo cubano	547
5.2. El sistema del plazo en Ciudad de México	550
5.3. El sistema del plazo en la legislación uruguaya.....	555
3ª PARTE. CONCLUSIONES GENERALES Y RECOMENDACIONES.....	558
BIBLIOGRAFÍA.....	594

ABREVIATURAS

ACAI	Asociación de Clínicas Autorizadas para la Interrupción del Embarazo
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADH	Anuario de Derechos Humanos
ADPCP	Anuario de Derecho penal y ciencias penales
ADPF	Acusación de infracción de precepto fundamental
AHDE	Anuario de Historia del Derecho Español
AN	Audiencia Nacional
art.	artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BNG	Bloque Nacionalista Gallego
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
CC	Código Civil
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CDU	Unión Demócratacristiana
CE	Constitución Española
CEC	Centro de Estudios Constitucionales
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CEDH	Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales
CEJIL	Centro por la Justicia y el Derecho Internacional
CEPC	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Cfr.	confróntese
CHA	Chunta Aragonesista
CIS	Centro de Investigaciones Sociológicas
CiU	Convergencia y Unión
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
D&E	Dilatación y evacuación
D&X	Dilatación y extracción
D.F.	Distrito Federal
DP	Derecho Penal
DSR	derechos sexuales y reproductivos
ed.	edición
EDAI	Editorial Amnistía Internacional
EJB	Enciclopedia Jurídica Básica
ERC	Esquerra Republicana de Catalunya
fasc.	fascículo
FFJJ	fundamentos jurídicos
FJ	fundamento jurídico
ICV	Iniciativa por Cataluña Verdes
ILE	Interrupción legal del embarazo

INE	Instituto Nacional de Estadística
IU	Izquierda Unida
IVE	interrupción voluntaria del embarazo
JD	Jueces para la Democracia
LECi	Ley de Enjuiciamiento Civil
LO	Ley Orgánica
loc. cit.	lugar citado
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
Monogr.	Monográfico
n.	nota al pie
NaBai	Nafarroa Bai
núm.	número
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONE	Oficina Nacional de Estadística
ONU	Organización de las Naciones Unidas
pág.	página
págs.	páginas
PANCP	Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal
PE	Parte Especial
PG	Parte General
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PNV	Partido Nacional Vasco
PP	Partido Popular
PSOE	Partido Social Obrero Español
RChD	Revista Chilena de Derecho
RD	Real Decreto
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
RECPC	Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
REHJ	Revista de Estudios Histórico-Jurídicos
REIS	Revista Española de Investigaciones Sociológicas
RFDUCM	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
RGDCDEE	Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado
RGDP	Revista General de Derecho Penal
RP	Revista Penal
RPJTD	Revista de Pensamiento Jurídico Teoría y Derecho
RTRC	Revista Teoría y Realidad Constitucional
S.E.	Su Excelencia
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SEGO	Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia

SFHG	Ley para la protección de la vida en desarrollo antes del parto, para la promoción de una sociedad más accesible a los niños, para la ayuda de la mujer embarazada en situación de conflicto y para la regulación de la interrupción del embarazo (Schwangeren-und FamilienhilfeGesetz, BGBB1, I, 1398)
sig.	siguiente
sigs.	siguientes
SOCUDEF	Sociedad Científica Cubana para el Desarrollo de la Familia
SPUC	Society for the Protection of Unborn Children
SSR	Salud Sexual Reproductiva
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
t.	tomo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
UCD	Unión de Centro Democrático
UE	Unión Europea
UNAM	Universidad Autónoma de México
Unió	Unión Democrática de Catalunya
UPCO	Universidad Politécnica de Comillas
UPN	Unión del Pueblo Navarro
UPyD	Unión Progreso y Democracia
vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

El tratamiento jurídico-penal del aborto siempre ha estado enérgicamente condicionado por la valoración social que se ha concedido a la vida humana anterior al nacimiento en los diferentes periodos históricos. Con la difusión del cristianismo, cuya doctrina considera que el embrión es portador del alma humana, y más tarde del catolicismo, que considera que la vida humana debe ser respetada y protegida de manera absoluta desde el momento de la concepción, se incrementa la represión penal del aborto, e incluso en la actualidad la Iglesia sigue condenando el aborto, influyendo fuertemente en las regulaciones legales del mismo en la mayoría de los países del mundo.

La experiencia práctica de la prohibición del aborto ha demostrado que ni la crueldad del Derecho penal del Antiguo Régimen, ni menos aún el carácter conservador y tajante del Derecho penal moderno o las legislaciones despenalizadoras del aborto más recientes, han evitado que muchas mujeres hayan optado y sigan optando por abortar clandestinamente, más allá de la legalidad, a pesar de los riesgos para su vida o su salud, o las consecuencias legales que podrían sufrir. Esta situación evidencia la ineficacia de la sanción penal para proteger de manera efectiva la vida prenatal a costa del desprecio absoluto de los derechos fundamentales de las mujeres embarazadas, y más recientemente, que la protección de la vida del *nasciturus* es más efectiva mediante políticas de apoyo a la maternidad y el respeto de los derechos de las mujeres.

A pesar de la poderosa resistencia de la moral y la religión al aborto, que durante siglos ha considerado a las mujeres como meros instrumentos reproductivos de la especie humana, atribuyéndoles el deber de cumplir con la misión natural de ser madres, la mayoría de las sociedades del mundo han tomado un cambio de rumbo en la valoración social y jurídica del aborto. El fundamento jurídico del aborto ya no se acomoda solamente en la protección incondicional de la vida prenatal, sino también en la idea de que en el aborto confluyen situaciones de conflicto especialmente graves, que por su fundamental trascendencia para la vida humana requieren una consideración exclusiva dirigida a la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto para preservar también los derechos fundamentales de la mujer. Inicialmente, y de modo urgente, para la vida y la salud de la mujer, y subsiguientemente, pero de manera igualmente necesaria, para el resto de derechos de las mujeres, especialmente el derecho de autonomía procreativa derivado de

los derechos fundamentales a la libertad y a la intimidad, respetando también su dignidad como persona y el libre desarrollo de su personalidad.

No son casuales los movimientos sociales feministas que a lo largo de la historia han venido reivindicado el respeto de los derechos de las mujeres en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, demandando primeramente el derecho al propio cuerpo para exigir la despenalización del aborto. Tampoco los grupos sociales que más recientemente reclaman la decisión libre de las mujeres sobre su maternidad, apelando que la protección de la vida en gestación no debe prevalecer sobre los derechos de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo, sobre su vida, sobre su salud, sobre su intimidad, su libertad, sobre su dignidad, sobre si quieren ser madres o no, y en qué momento de su vida. Más bien, todos ellos han jugado y seguirán jugando un papel determinante en la lucha de las mujeres por la despenalización del aborto voluntario, sobre todo en lo relativo al reconocimiento de los derechos humanos sexuales y reproductivos.

Actualmente, la regulación jurídica del aborto en el mundo es muy diversa. Existe un abanico muy amplio de modelos que van desde la prohibición absoluta en países como Malta, Ciudad del Vaticano, Liechtenstein, Andorra, El Salvador, Nicaragua o República Dominicana, hasta legislaciones tan abiertas y progresistas como la holandesa, que mediante una ley de plazos permite el aborto a petición de la mujer dentro de las primeras 24 semanas de gestación. En Canadá, Estados Unidos y la mayoría de los Estados de Europa el aborto es legal a petición de la mujer durante cierto período de la gestación, mediante un sistema de plazos que concede la decisión libre y autónoma sobre el mismo a la mujer. Por el contrario, en la mayoría de los países de África, Latinoamérica, Medio Oriente, Oceanía y el Sudeste Asiático el aborto es ilegal y está penalizado al menos en algún supuesto extremo que no debería admitir duda alguna sobre su legalidad.

En cualquier caso, la cuestión de la despenalización del aborto voluntario continúa generando una enorme discusión tanto dentro como fuera de Europa, pues como se ha dicho es un propósito donde entra en juego fuertemente tanto la religión como la moral, de manera que el Derecho si bien tiene mucho que apuntar, con fundamentos jurídicos sólidos y serios, le resulta difícil encontrar un consenso. El aborto voluntario y legal es visto por algunos sectores de las sociedades actuales como un derecho inalienable de la mujer, o al menos como un mecanismo necesario de último recurso para proteger los derechos fundamentales de la misma; pero otros, entre ellos la inmensa mayoría de las

confesiones religiosas, consideran el aborto un ataque al bien sagrado de la vida que existe a partir de la concepción.

Bajo esta perspectiva, decidí realizar mi tesis doctoral sobre el aborto, titulándola “La necesaria despenalización del aborto voluntario.” Este título se corresponde con la hipótesis principal de mi investigación, siendo la formulación lógica y coherente que intento probar o más bien argumentar con este trabajo. Ciertamente, la motivación de esta investigación es contribuir con el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, pero sobre todo, con la lucha por el respeto de los derechos fundamentales de muchas mujeres que aún siguen sufriendo gravemente la negación de sus derechos más esenciales a la vida y a la salud, o el desprecio absoluto de su dignidad como personas y del libre desarrollo de su personalidad, por el simple hecho de vivir en países donde la influencia de la moral religiosa determina la prohibición absoluta del aborto o bien regulaciones que consideran el aborto prohibido salvo en ciertos casos excepcionales, predeterminados en la ley, que muchas veces resultan bastante restrictivos.

En consecuencia, el objetivo primordial de mi tesis doctoral es valorar la importancia de la despenalización del aborto voluntario en España y en otros países del mundo, no sólo para lograr la salvaguardia de los derechos fundamentales de las mujeres embarazadas que puedan resultar vulnerados en torno a la prohibición del aborto, y garantizar el respeto de su dignidad como personas y del libre desarrollo de su personalidad, sino también para garantizar una tutela efectiva de la vida humana anterior al nacimiento.

Como objetivos específicos de este trabajo se procura analizar las experiencias despenalizadoras de España y de otros países del mundo, con la finalidad de disponerlas como referentes para aquellos Estados que aún tienen pendiente la asignatura de despenalizar el aborto en uno u otro sentido. Asimismo, estudiar los modelos despenalizadores existentes, para determinar cuál es el mejor sistema para alcanzar la salvaguardia de los derechos de las mujeres embarazadas, el respeto de su dignidad y del libre desarrollo de su personalidad, y la tutela efectiva de la vida prenatal. Por último, examinar la realidad política, social y religiosa de España y otros países del mundo, para conocer los problemas del aborto en cada país, pudiendo así concluir qué modelo despenalizador sería el más adecuado a las necesidades de cada país, ofreciendo algunas recomendaciones para superar las insuficiencias de cada sistema.

Para lograr dichos objetivos he realizado una importante recopilación documental de legislación, jurisprudencia penal y constitucional, recursos de inconstitucionalidad, estudios sociológicos, informes y noticias sobre casos reales, manuales, monografías, artículos de revistas y demás estudios doctrinales, informes importantes de organismos públicos y privados, entre otros; todos ellos concernientes al aborto en España, en otros países europeos, y en América Latina y anglosajona. Así, haciendo uso del método analítico y la técnica de observación, he podido instruirme sobre el tema del aborto, conociendo la situación jurídica del mismo en el Derecho español y en el Derecho comparado, comprendiendo los problemas propios del aborto en cada país, hasta lograr centrar mi investigación en el sentido aquí descrito.

En síntesis, la presente tesis doctoral se divide en tres partes: la primera, relativa a la regulación del aborto en el Derecho español; la segunda, concerniente a la regulación jurídica del aborto en el Derecho comparado; y la tercera, que dispone las conclusiones generales y recomendaciones consecuentes de la presente investigación.

La primera parte examina en profundidad los diversos modelos reguladores del aborto que ha conocido el Derecho español en sus distintas etapas legislativas, esto es la prohibición absoluta, el sistema restringido de indicaciones y el modelo del plazo con asesoramiento, valiéndose fielmente del análisis de la realidad social y del debate doctrinal sobre el problema y la constitucionalidad del aborto en cada momento de la historia española, para valorar las deficiencias propias de cada modelo o bien la superación de las insuficiencias de los mismos a partir de regulaciones posteriores. Para ello ha sido fundamental el examen de la Sentencia 53/1985, de 11 de abril, del Tribunal Constitucional español, como único pronunciamiento sobre la constitucionalidad del aborto en España, sobre la cual se basa el debate relativo a la constitucionalidad de la despenalización del aborto en este país.

La segunda parte ofrece un estudio de la situación jurídica del aborto en el Derecho comparado. Mediante el estudio de la realidad política, social y religiosa de los distintos países, así como de importantes casos reales de gran trascendencia mediática, dado su carácter implacable, ha sido posible conocer con mayor fundamento el problema del aborto en cada país. Se ofrece así información que sirve como referente a aquellos países que deben modificar sus regulaciones legales del aborto, adentrándose o avanzando en el camino de la despenalización del aborto y del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos.

Por último, la tercera parte establece las conclusiones generales más significativas de esta investigación, así como algunas recomendaciones, todas organizadas por países o regiones del mundo y teniendo en cuenta los sistemas despenalizadores o problemas de que se trate, pero en cualquier caso, conformadas con la finalidad de ayudar al reconocimiento o consolidación de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, pero sobre todo, a la lucha por el respeto de los derechos fundamentales de muchas mujeres que aún siguen sufriendo la grave negación de sus derechos más esenciales.

1ª PARTE. LA REGULACIÓN DEL ABORTO EN EL DERECHO ESPAÑOL: EVOLUCIÓN Y DIVERSOS MODELOS.

La regulación del aborto en el Derecho español ha evolucionado considerablemente con el transcurso de los años.

En un principio el aborto se rigió por un sistema de prohibición absoluta que impedía su práctica en cualquier caso, incluso cuando la vida de la mujer corría grave peligro. Este sistema estuvo vigente durante muchos años, hasta 1985. No obstante, el aborto voluntario estuvo específicamente no penado, durante un corto período de tiempo, en la Segunda República Española en 1937.

En 1985 se evoluciona a un sistema de indicaciones en sentido restringido que operó durante 25 años. Así, se despenalizaba la interrupción voluntaria del aborto en tres situaciones predeterminadas en la ley: para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada; cuando el embarazo era consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación; y cuando se presumía que el feto habría de nacer con graves taras físicas o psíquicas.

Finalmente, en el año 2010 se desarrolla una nueva ley que viene a introducir el sistema de plazos con asesoramiento en el Derecho español, permitiendo el aborto en cualquier supuesto durante las primeras 14 semanas de gestación, y más tarde, en ciertos casos excepcionales por causas médicas, dispuestos específicamente en la ley.

CAPÍTULO I. EL SISTEMA DE PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL ABORTO

El sistema de prohibición absoluta del aborto estuvo vigente en el Derecho español hasta el año 1985, fecha en que se introdujo el sistema de indicaciones como modelo de despenalización parcial del aborto en determinados supuestos, mediante la inclusión del art. 417 bis del CP.

Durante su vigencia el aborto era una práctica totalmente prohibida en España, dando lugar a una legislación tajante y dura, lo que no impedía que se realizaran en torno a cien mil abortos al año, según datos siempre imprecisos, dado su absoluto secretismo,¹ abortos caracterizados, en la mayoría de casos, por los efectos más graves de la clandestinidad en que se realizaban.

La crítica al sistema de prohibición absoluta del aborto se realizó primordialmente en el ámbito y desde los postulados de la moderna política criminal, cuando se abordó la discusión doctrinal sobre la despenalización del aborto para superar el sistema de represión absoluta, la ineficacia de la sanción penal y el fracaso del Derecho penal para proteger la vida en formación.²

Estas circunstancias, seguidas de importantes cambios políticos y sociales a finales de los años 70, provocaron un movimiento ciudadano en la España de la época, que exigió modificaciones sustanciales en la legislación del aborto, irrumpiéndose en el camino hacia la despenalización del aborto.

1. *La regulación legal del aborto durante el régimen de prohibición absoluta*

La regulación legal del aborto durante la vigencia del sistema de prohibición absoluta estuvo recogida en diferentes leyes.

¹ Véase LAURENZO COPELLO, El aborto en la legislación española: una reforma necesaria, 2005, 21. www.falternativas.org/laboratorio/documentos.

² Cfr. infra, 1ª, I, 3.

En el Derecho penal moderno³, el primer CP español de 1822⁴ reguló el aborto en los artículos 639 y 640, siendo derogado poco tiempo después, prolongándose así la vigencia de la legislación penal del Antiguo Régimen hasta la promulgación del CP de 1848.

El CP de 1848 reguló el delito de aborto en los artículos 337 a 340, y se convirtió en el modelo de la formulación literal de los preceptos que regularon el delito de aborto en los sucesivos Códigos Penales, hasta el CP de 1944, texto refundido de 1973, inclusive.

En 1937 el aborto inducido estuvo específicamente no penado en Cataluña, en virtud del Decreto de Regulación de la Interrupción Artificial del Embarazo. No obstante, dicho Decreto fue derogado prontamente por el régimen franquista.

Durante la dictadura franquista se promulgó la Ley de Protección de la Natalidad, de 24 de enero de 1941, que reguló el aborto, derogó los artículos 417 a 420 del CP de 1932 (relativos al aborto), y demandó la reforma del CP. Sin embargo, la reforma del CP se retrasó hasta la promulgación del CP de 1944. Dada la vigencia del régimen franquista en España hasta 1975, los Códigos Penales posteriores, incluido el CP de 1944, texto refundido de 1973, mostraron una regulación en materia de aborto procedente de la Ley de 24 de enero de 1941.

El último CP que acogió el sistema de prohibición absoluta del aborto fue el CP de 1944, texto refundido de 1973, hasta que entró en vigor la LO 9/1985, de 5 de julio, el 2 de

³ El Derecho penal moderno nació en España, al igual que en el resto de Europa, a finales del siglo XVIII y principios del XIX, bajo las ideas de la Ilustración. El Derecho penal del Antiguo Régimen fue fragmentario, cruel y poco definido, con regulaciones como la Novísima Recopilación, los Fueros y Las Partidas, aunque en la práctica los Tribunales hicieron uso de la arbitrariedad, dejando de ceñirse a los textos escritos. Tras el fracaso de las primeras iniciativas de cambio en el Derecho penal español debido a la reacción frente a la Revolución francesa, la situación cambió con la Constitución de Cádiz, de 1812, que estableció la personalidad de las penas, proscribió el tormento, la pena de horca, la de confiscación y la de azotes, y dispuso que los Códigos civil, criminal y de comercio fueran unos en todo el Reino. El regreso de Fernando VII supuso la derogación de la nueva normativa, pero el mismo Monarca ordenó la formación de un Código Criminal, naciendo así el primer CP español, el de 1822, basado en las doctrinas de la Ilustración, particularmente en las de Bentham y Beccaria, y con él, se inició una nueva etapa en la evolución del Derecho penal español, el Derecho penal moderno. En este sentido BERDUGO DE LA TORRE, Derecho Represivo en España durante los periodos de guerra y postguerra (1936-1945), RFDUCM, núm. monogr. 3, 1981; asimismo, ANTÓN ONECA, Historia del Código Penal de 1822, ADPCP, t. XVIII, fasc. /mes 2, 1965, 263-278.

⁴ Este CP estuvo basado en las doctrinas de la Ilustración.

agosto de 1985, que introduce el art. 417 bis del CP y con este el sistema de indicaciones como modelo de despenalización parcial del aborto en determinados supuestos.

1.1. El Código Penal de 1822

El CP de 1822 reguló varias modalidades de aborto entre los delitos contra los particulares, en los artículos 639 y 640.⁵

El tenor literal del art. 639 era el siguiente: *“El que empleando voluntariamente y a sabiendas alimentos, bebidas, golpes o cualquier otro medio análogo, procure que alguna mujer embarazada aborte, sin saberlo ni consentirlo ella, sufrirá una reclusión de dos a seis años. Si lo hiciere con consentimiento de la mujer, será la reclusión de uno a cuatro años; si resultare efectivamente el aborto, sufrirá el reo una reclusión de seis a diez años en el primer caso, y de cuatro a ocho en el segundo. Pero si es un médico, cirujano, boticario, comadrón o matrona, el que a sabiendas administra, proporciona o facilita los medios para el aborto, sufrirá, si este no tiene efecto, la pena de cinco a nueve años de obras públicas, y de ocho a catorce si lo tuviere, con inhabilitación perpetua en ambos casos para volver a ejercer su profesión.”* Este precepto castigó el aborto realizado por un tercero, con o sin consentimiento de la mujer, incluso cuando el aborto no resultara efectivo. También castigó al médico, cirujano, boticario, comadrón o matrona, por administrar, proporcionar o facilitar los medios para el aborto, independientemente de que el mismo resultara o no efectivo, estableciendo la pena adicional de inhabilitación perpetua para el ejercicio de la profesión en cualquiera de los casos.

El art. 640 establecía textualmente: *“La mujer embarazada que para abortar emplee a sabiendas alguno de los medios expresados, y aborte efectivamente, sufrirá una reclusión de cuatro a ocho años. Pero si fuere soltera o viuda, no corrompida y de buena fama anterior, y resultare a juicio de los jueces de hecho que el único y principal móvil fue el de encubrir la fragilidad, se le impondrán solamente uno a cinco años de reclusión.”* Esta norma castigó dos modalidades de aborto cometido por la propia mujer embarazada: abortar empleando, a sabiendas, los medios descritos en el art. 639 (alimentos, bebidas, golpes o cualquier otro medio análogo), debiendo resultar efectivo el aborto, y el aborto

⁵ El CP de 1822 constaba de un “Título Preliminar” y una primera dedicada a los “Delitos contra la Sociedad” y una segunda a los “Delitos contra los Particulares”.

honoris causa, en cuyo caso la pena era esencialmente rebajada por la concurrencia del ánimo de “encubrir la fragilidad”⁶.

Este Código estableció el principio de legalidad de los delitos y las penas, en el marco de la Constitución de 1812.

Fue derogado al poco tiempo de entrar en vigor, debido a la segunda restauración del absolutismo en España en el año 1823, que destruyó el régimen político liberal. Esta situación prolongó la vigencia de la legislación penal fragmentaria y dispersa del Antiguo Régimen, hasta la promulgación del CP de 1848.⁷

1.2. El Código Penal de 1848

El CP de 1848 puso fin a un largo periodo caracterizado por la ausencia de una legislación penal sistematizada, la legislación del Antiguo Régimen, convirtiéndose en el modelo de la formulación literal de los preceptos de los sucesivos Códigos Penales hasta el CP de 1944. Su estructura coincidía con la del CP de 1822, dividido en tres libros: el primero, de la parte general, mientras que el segundo y el tercero se dedicaba, respectivamente, a los delitos y a las faltas.

Reguló el delito de aborto en el Libro II, Título IX, de los Delitos contra las personas, artículos 328 a 331. Incluyó dos nuevas modalidades delictivas, el “aborto violento no intencionado” del art. 329 y el castigo a la mujer embarazada por el simple hecho de consentir su aborto aunque fuese un tercero el que se lo realizara (art. 330).

El art. 328 castigó el aborto cometido por un tercero, introduciendo por primera vez la expresión “de propósito” en el CP. Diferenció tres formas fundamentales según se realizaba ejerciendo violencia sobre la mujer embarazada, con consentimiento o sin

⁶ El aborto *honoris causa* del art. 640 del CP de 1822 presentó una redacción muy acorde con la época, al requerir que la mujer fuese “soltera o viuda, no corrompida y de buena fama anterior”. Asimismo, este precepto se asemejó mucho al delito de aborto “*honoris causa*” que reguló el art. 414 del CP de 1944, texto refundido de 1973, que rebajó la pena esencialmente por la concurrencia de un específico elemento subjetivo del injusto: el ánimo de ocultar la deshonra de la embarazada.

⁷ En España, la disputa entre el liberalismo y el absolutismo durante el reinado de Fernando VII diferenció tres etapas: el Sexenio Absolutista (1814-1820), el Trienio Liberal o Trienio Constitucional (1820-1823) y la Década Ominosa o Segunda Restauración del Absolutismo (1823-1833).

consentimiento de esta. Dispuso textualmente: *“El que de propósito causare un aborto será castigado: 1. Con la pena de reclusión temporal, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada. 2. Con la de prisión mayor si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer. 3. Con la de prisión menor si la mujer lo consintiere.”*

El art. 329 reguló por primera vez la modalidad de aborto violento no intencionado, requiriendo que no mediase propósito de causarlo. Este artículo dispuso textualmente: *“Será castigado con prisión correccional el aborto ocasionado violentamente cuando no haya habido propósito de causarlo.”*

Por su parte, el art. 330 castigó el aborto cometido por la propia mujer embarazada. A partir de este precepto se castigó por primera vez a la mujer por consentir su propio aborto, aunque fuese otro quien se lo realizara. Por otra parte, reguló la modalidad de aborto *“honoris causa”*, que si bien ya era objeto de regulación legal en el art. 640 del CP de 1822, en este CP tuvo una redacción distinta porque no exigía elementos propios de la vida privada de la mujer sino solamente que la mujer lo realizase para *“ocultar su deshonra”*. Este artículo dispuso textualmente: *“La mujer que causare su aborto ó consintiere que otra persona se le cause, será castigada con prisión menor. Si lo hiciera para ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de prisión correccional.”*

Por último, el art. 331 castigó de manera independiente el aborto cometido por un facultativo. No mostró expresamente qué profesionales estaban incluidos en el término *“facultativo”*, como sí lo hizo su antecesor el CP de 1822. Este precepto dispuso textualmente: *“El facultativo que abusando de su arte causare el aborto ó cooperare á él, incurrirá respectivamente en su grado máximo en las penas señaladas en el artículo 328.”*

En el año 1850 se promulgó un nuevo CP que muchos consideraron que no era verdaderamente un Código, sino una reforma del CP de 1848. Este CP supuso cierto endurecimiento, castigándose con carácter general la conspiración y proposición para delinquir.⁸ Si bien no presentó ningún cambio sustancial en la regulación del delito de

⁸ Véase SÁNCHEZ GONZÁLEZ, La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850, CEPC, 2004, passim.

aborto, cabe destacar que este Código prescindió del principio de legalidad de los delitos y las penas, lo cual constituyó un caso único en la Codificación española.⁹

1.3. El Código Penal de 1870

El CP de 1870 se inspiró en la política liberal de la época y con él se pretendió adaptar el texto del CP de 1850 a las exigencias de la nueva Constitución Española de 1869. Acogió nuevamente el Principio de Legalidad de los delitos y las penas, siendo muy útil en el aspecto político por la protección de los derechos individuales, y significó un paso adelante en la mitigación de las penas exigida por el nuevo ambiente histórico.¹⁰

Reguló el aborto en el Libro II, Título VIII, de los Delitos contra las personas, Capítulo VI, artículos 425 a 428. El tenor literal de estos artículos, referente a las conductas constitutivas de delito, era idéntico al de los dos Códigos Penales anteriores (1848 y 1850), no obstante, las penas relativas a algunas de las modalidades de aborto fueron atenuadas en virtud de las exigencias de la nueva Constitución Española de 1869, concretamente las siguientes:

El art. 425 relativo al aborto cometido “de propósito” por un tercero con el consentimiento de la mujer, que indicó literalmente: *“El que de propósito causare un aborto será castigado: 3. Con la de prisión correccional en sus grados medio y máximo si la mujer lo consintiere.”*

⁹ Los artículos 337 a 340 del CP de 1850 literalmente decían: *“Artículo 337. El que de propósito causare un aborto será castigado: 1. Con la pena de reclusión temporal, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada. 2. Con la de prisión mayor si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer. 3. Con la de prisión menor si la mujer lo consintiere. Artículo 338. Será castigado con prisión correccional el aborto ocasionado violentamente cuando no haya habido propósito de causarlo. Artículo 339. La mujer que causare su aborto ó consintiere que otra persona se le cause, será castigada con prisión menor. Si lo hiciera para ocultar su deshonor, incurrirá en la pena de prisión correccional. Artículo 340. El facultativo que abusando de su arte causare el aborto ó cooperare á él, incurrirá respectivamente en su grado máximo en las penas señaladas en el artículo 337.”*

¹⁰ El sentido liberal de este Código se manifestaba en la inclusión de delitos contra los derechos individuales, dentro de los delitos contra el libre ejercicio de los cultos, y en la suspensión de la pena de muerte como única pena en determinados delitos, volviendo a castigar la conspiración y la proposición sólo cuando se preveía expresamente. Ya en el aspecto técnico se le daba un juicio menos favorable en tanto los legisladores permanecieron ajenos a las propuestas del Colegio de Abogados de Madrid y de la Comisión Codificadora que cesó en 1869. Al respecto ANTÓN ONECA, El Código Penal de 1870, ADPCP, t. XXIII, fasc. /mes 2, 1970, 229-252.

El art. 426 que indicó textualmente: *“Será castigado con prisión correccional en sus grados mínimo y medio el aborto ocasionado violentamente cuando no haya habido propósito de causarlo.”*

Y el art. 427 que propiamente dispuso que: *“La mujer que causare su aborto ó consintiere que otra persona se le cause, será castigada con prisión correccional en sus grados medio y máximo. Si lo hiciera para ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio.”*

1.4. El Código Penal de 1928

El Código Penal de 1928 fue promulgado bajo la dictadura de Primo de Rivera, apartándose de la línea clásica y liberal de los Códigos Penales de 1848, 1850 y 1870, así como de los posteriores de 1932 y 1944, constituyendo un texto completamente nuevo y distinto, tanto en cuanto a las modalidades del delito de aborto que presentó como en cuanto a sus penas.¹¹

Este Código reguló el delito de aborto en el Libro II, Título VII, de los Delitos contra la vida, la integridad corporal y la salud pública de las personas, artículos 525 a 529.¹²

El art. 525 estableció literalmente: *“El que de propósito causare un aborto o destruyere de cualquier manera el fruto de la concepción será castigado: 1º Con la pena de ocho a quince años de prisión, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada. 2º Con la de cuatro a ocho años de prisión si aunque no la ejerciere obrare sin consentimiento de la mujer. 3º Con la de dos a cuatro años de prisión si la mujer lo consintiera.”*

¹¹ En este sentido MUÑOZ CONDE, Principios rectores del nuevo Código Penal, Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, vol. 2, 1998, 525-543: “Al Código penal de 1822 siguió el Código penal de 1848, sobre cuyas paredes maestras se sucedieron una serie de reformas con objeto de adaptarlo a la situación política de la respectiva época en la que se produjeron. La de 1850, de signo conservador, fue seguida por la de 1870, de signo liberal. La de 1932 no fue más que una adaptación del Código de 1870 a la II República. Y la de 1944 a la dictadura Franquista. Sólo el Código Penal de 1928, realizado bajo la dictadura de Primo de Rivera, constituyó un texto completamente nuevo, que, por lo demás sólo estuvo vigente apenas tres años.”

¹² Mantuvo la misma estructura en tres libros, más un título preliminar dedicado a la ley penal y a su esfera de aplicación.

El tenor literal del art. 526 estableció: *“El que por actos de violencia o lesiones ocasionare el aborto o destruyere el fruto de la concepción, sin propósito de causarlo, pero constándole el estado de embarazo de la ofendida, será castigado con prisión de seis meses a cuatro años, no correspondiendo mayor pena a las lesiones inferidas, y en otro caso con la señalada a estas en su grado máximo.”*

El art. 527 relativo al aborto cometido por la propia mujer embarazada, textualmente dispuso: *“La mujer que causare su aborto o destruyere el fruto de la concepción o consintiere que otra persona le cause aquel o destruya este, será castigada con prisión de dos a cuatro años. Si lo hiciere para ocultar su deshonra incurrirá en la pena de tres meses a un año de prisión.”*

El art. 528 reguló el aborto cometido por médico, farmacéutico, comadrón o partera, disponiendo literalmente: *“El médico, farmacéutico, comadrón o partera que, abusando de su profesión, causare un aborto, cooperare a él o destruyere el fruto de la concepción, incurrirá, respectivamente, en las penas señaladas en el artículo 525 en su grado máximo.”*

Y por último, el art. 529 disponía: *“El farmacéutico que sin la debida prescripción facultativa expendiere o facilitare una substancia abortiva o capaz de destruir el fruto de la concepción será castigado con la pena de seis meses a un año de prisión y multa de 1000 a 5000 pesetas. Al que sin título facultativo expendia o facilite substancias de las expresadas en el párrafo anterior se le aplicará la pena de tres a seis meses de prisión y multa de 1000 pesetas.”*

1.5. El Código Penal de 1932

El CP de 1932 correspondió a un Estado de corte democrático, regionalista y laico. Proclamada la Segunda República el Gobierno provisional derogó inmediatamente el CP de 1928, con lo que se volvió al CP de 1870. Tomando a este como punto de partida, se elaboró seguidamente el Código de 1932, de ahí que MUÑOZ CONDE creyera que este Código fue el “resultado de la adaptación del CP de 1870 a la Segunda República”.¹³

¹³ MUÑOZ CONDE, Principios rectores, 1998, 525.

El delito de aborto estuvo regulado en el Libro II, Título IX, de los Delitos contra la vida y la integridad corporal, Capítulo III, artículos 417 a 420 del CP de 1932. No castigaba el aborto violento no intencionado y establecía una nueva modalidad de aborto, el aborto imprudente (art. 417).

Al tenor literal de este Código se disponía:

“Artículo 417. El que de propósito causare un aborto será castigado: 1. Con la pena de prisión mayor si, ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada. 2. Con la pena de prisión menor si, aunque no lo ejerciera obrase sin consentimiento de la mujer. 3. Con la de arresto mayor si la mujer lo consintiera. Cuando, a consecuencia del aborto, resultare la muerte de la mujer embarazada, se impondrán las penas respectivas en su grado máximo, siempre que hubiese mediado imprudencia y no correspondiere mayor pena conforme al artículo 558, que reguló la imprudencia temeraria.”

“Artículo 418. La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con arresto mayor.”

“Artículo 419. Cuando la mujer causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause para ocultar su deshonor, incurriría en la pena de arresto mayor en su grado mínimo.”

“Artículo 420. El facultativo que abusando de su arte, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 417 y, además, en multa de 2.500 a 25.000 pesetas. El farmacéutico que, sin la debida prescripción facultativa, expendiere un abortivo, incurrirá en la pena de multa de 500 a 5000 pesetas.”

1.6. El Decreto de Regulación de la Interrupción Artificial del Embarazo

Durante la Segunda República Española, el aborto voluntario estuvo específicamente no penado en Cataluña durante las 12 primeras semanas de embarazo, en virtud del Decreto de Regulación de la Interrupción Artificial del Embarazo, de 25 de diciembre de 1936, publicado en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, núm. 9, el sábado 9 de enero de 1937.¹⁴ Su entrada en vigor se aceleró como consecuencia del

¹⁴ En la zona leal a la República durante la Guerra Civil Española, siendo Ministra de Sanidad la cenetista Federica Montseny en el gobierno presidido por el socialista Francisco Largo Caballero, se publicó este decreto, firmado por el

inicio de la guerra civil y se inscribió dentro de las medidas urgentes de reforma sanitaria que el Gobierno autonómico catalán había puesto en marcha desde la proclamación de la Segunda República, declarando la guerra total a determinadas enfermedades.¹⁵

Este Decreto fue sin duda progresista y muy vanguardista teniendo en cuenta la situación política de España y la legislación del resto de países de Europa.¹⁶ Constaba de catorce artículos. En su introducción, señalaba la necesidad de evitar los abortos clandestinos que ponían en peligro la vida de la madre al haber sido efectuados siempre *“sin control, a la sombra y por personas incompetentes”*. Continuó indicando que *“para acabar con los abortos clandestinos, fuente de mortalidad maternal”*, la interrupción del embarazo pasaba a ser *“un instrumento al servicio de la raza”* que sería realizada por quienes tuviesen *“solvencia científica y autorización legal para hacerlo”* siendo la finalidad primordial perseguida *“facilitar al pueblo trabajador una manera segura y exenta de peligro de regular la natalidad, cuando existan causas poderosas, sentimentales, eugenésicas o terapéuticas que exigieran la interrupción artificial del embarazo.”*

El art. 1 autorizó la realización del aborto en los hospitales, clínicas e instituciones sanitarias dependientes de la Generalitat de Cataluña, en los casos y por los motivos justificados del art. 2, es decir, por razones de orden terapéutico (enfermedad física o mental de la madre que contraindicasen el parto), eugenésico (taras que pudiesen transmitirse), neomalthusiano (deseo consciente de limitación voluntaria de la natalidad) y

Conseller (primer ministro), Josep Tarradellas, y por los Consellers de Sanidad y Asistencia Social y de Justicia, Pere Herrera, de la CNT, y Rafael Vidiella, de UGT.

¹⁵ Estas medidas urgentes de reforma sanitaria del Gobierno autonómico catalán, combatieron numerosos frentes: lucha antivenérea, antituberculosa, antileprosa, antipalúdica, antirrábica, antivaricosa, antirreumática, anticancerosa, etcétera. Todo ello acompañado de medidas para mejorar la higiene general y la infantil en particular, para controlar las aguas mineromedicinales y las intoxicaciones profesionales y para evitar enfermedades laborales de todo tipo. La Generalitat pensó incluso en crear un Instituto de Ciencias Sexuales. En 1937, en la Maternidad de Les Corts, en Barcelona, entró en funcionamiento la primera "escuela de maternidad consciente", alineándose claramente con la legislación progresista en materia civil que el Parlamento catalán republicano aprobó desde su constitución en 1932, que culminó con la entrada en vigor de la ley de mayoría y habilitación de edad de 1934, de la Ley sobre la capacidad jurídica de la mujer y de los cónyuges de 1934 y la ley de sucesión intestada de 1936.

¹⁶ Cataluña se ponía a la vanguardia europea en la legislación sobre el aborto. En 1916 había sido la República Federal de Suiza la que, tras un duro debate, había introducido por primera vez en Europa una legislación sobre el aborto. Le había seguido Checoslovaquia, en 1925, admitiendo el aborto no sólo por motivos terapéuticos sino también con fines restrictivos de maternidad. Al año siguiente fue la Unión Soviética la que aceptó el aborto, y tres años más tarde, en 1929, el Japón imperial.

ético o sentimental (maternidad no deseada por la madre por causas de orden amoroso o sentimental). El art. 6 autorizó la creación de organismos oficiales autorizados para la práctica del aborto, dispensarios anexos a los centros sanitarios hospitalarios y clínicos de Cataluña, que debían contar con un plan de organización, pudiendo utilizarse los locales ya existentes entre las instituciones sanitarias, cuyo personal facultativo debía ser propuesto a la Consejería por el Consejo Directivo de cada Institución Sanitaria, seleccionándolo de entre los facultativos en obstetricia y ginecología.

El art. 3 estableció la obligación de que la solicitud de la práctica del aborto la realizara la propia embarazada, sin que ella ni sus familiares pudiesen presentar después reclamación alguna respecto al resultado de la intervención, siempre que se tratase de abortos por razones no terapéuticas ni eugenésicas, es decir, por deseo consciente de limitación voluntaria de la natalidad o por motivos éticos o sentimentales.

En los artículos 4 y 5, respectivamente, se prohibían el aborto en mujer con más de tres meses de embarazo y el aborto en una misma mujer más de una vez al año, salvo cuando se tratase de abortos por razones terapéuticas.

El art. 8 únicamente permitía que un facultativo no practicase el aborto cuando lo solicitase la embarazada y lo aprobase el consejero responsable de la sala en la que hubiese de efectuarse el mismo. La Conselleria de Sanidad nombró un comisario en cada hospital autorizado, con el fin de fiscalizar, controlar e inspeccionar el servicio, teniendo además la facultad de suspender o modificar el funcionamiento de las salas hospitalarias. El consejero responsable de cada dispensario que detectaba contraindicaciones para practicar el aborto tras el reconocimiento previo, estaba obligado a llevar el caso ante el Consejo Técnico creado para tal fin por el art. 11. Todos los dispensarios, clínicas y centros destinados a la interrupción artificial del embarazo estaban obligados a enviar a la Consejería de Sanidad, mensualmente, una relación detallada de los abortos practicados y a llevar un servicio de estadística. El art. 14 facultó al Consejero de Sanidad y Asistencia Social a dictar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de este Decreto, dictándose en consecuencia la Orden del Conseller de Sanidad y Asistencia Social de 1º

de marzo de 1937,¹⁷ que estableció la obligatoriedad de los médicos toco-ginecólogos de los hospitales y clínicas autorizadas a practicar las referidas prácticas abortivas.

Cuando una mujer solicitaba el aborto, se le abría una ficha médica, psicológica, eugenésica y social, y era sometida a un reconocimiento para tener garantías razonables de que resistiría la intervención. Sólo tras estos trámites se podía proceder a interrumpir un embarazo al ser requisitos previos establecidos expresamente como tales en el art. 10.

El art. 13 castigó a quienes a partir de la entrada en vigor de este decreto realizaron abortos privadamente y estableció la posibilidad de perder, si eran titulares de una profesión sanitaria, el derecho a ejercerla.

Este decreto estuvo vigente muy poco tiempo porque el bando franquista lo derogó. De esta manera la Guerra Civil española, el golpe de Estado de Francisco Franco y la posterior dictadura franquista vivida en España, fortalecieron el sistema de prohibición absoluta del aborto con una legislación penal autoritaria, acorde a las condiciones políticas y sociales de la época, acabando con los aires aperturistas que dieron a las mujeres un espacio de libertad y decisión sobre su voluntad reproductiva en un corto periodo de tiempo a partir de este decreto, hundiendo durante muchos años unas esperanzas despenalizadoras que volvieron a resurgir en los años 80 y que se han ido consolidando poco a poco con la despenalización parcial de 1985 y la ley de plazos con asesoramiento de 2010.

1.7. La Ley para la protección de la natalidad contra el aborto y la propaganda anticoncepcionista

La Ley de 24 de enero de 1941 para la protección de la natalidad contra el aborto y la propaganda anticoncepcionista, fue una ley especial del régimen franquista que pretendió proteger la familia y la natalidad como “*preocupaciones fundamentales del nuevo Estado*”, y que estuvo motivada por la tradicional corriente ideológica colectivista que insistió en la necesidad de la procreación para el crecimiento de la sociedad, con claras influencias en la legislación italiana, concretamente en el Código Rocco de 1930,

¹⁷

La Orden del Conseller de Sanidad y Asistencia Social fue publicada en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 64, de 5 de marzo de 1937. Dicha Orden disponía las normas para la regulación de la interrupción artificial del embarazo (22 artículos), y fue firmada por el Conseller de Sanidad Pere Herrera.

que entendió el aborto como un atentado a la nación, incluyéndolo entre los llamados “*ultrajes a la raza*”.¹⁸

Esta ley derogó los artículos 417 a 420 del CP de 1932 referidos al delito de aborto, y estableció la necesidad de reformar el CP insistiendo en la importancia de tutelar el interés demográfico del Estado, un interés común de todos los Estados totalitarios de la época. Constaba de dieciocho artículos que agravaron notablemente el castigo del aborto y además penalizaba la expedición de abortivos y todo género de propaganda abortiva y anticoncepcionista (arts. 10 a 14).

El artículo primero ofrecía un concepto jurídico de aborto: “*Es punible todo aborto que no sea espontáneo. Para los efectos de la presente ley se considera aborto no sólo la expulsión prematura y voluntariamente provocada del producto de la concepción, sino también la destrucción en el seno de la madre.*”¹⁹ Este concepto fue omitido por los posteriores Códigos Penales,²⁰ quizás, porque como decía MUÑOZ CONDE, aunque podía aceptarse como punto de partida, no era un concepto totalmente convincente.²¹ Antes, fue el CP de 1928, el que de alguna manera dio fundamento jurídico al concepto de aborto, al equiparar el aborto con la “*destrucción del fruto de la concepción*”.²² El art. 525 del CP de 1928 fue más allá, al usar la expresión “*destruyere de cualquier manera el fruto de la concepción*”. Sin embargo, ninguna de estas expresiones resultó una solución

¹⁸ GARCÍA VALDÉS/MESTRE DELGADO/FIGUEROA NAVARRO. Lecciones de Derecho Penal. 2011. 38: “Dos grandes corrientes ideológicas se disputan tradicionalmente el criterio regulador del aborto: a) El pensamiento individualista que sostiene que el feto es parte de la mujer y por ella es esta la que tiene el dominio total sobre su cuerpo y en consecuencia la exclusiva capacidad de decidir: b) Y la colectivista. que insiste en la necesidad de la procreación para el crecimiento de la sociedad. Estas doctrinas no son tan lejanas en el tiempo. En el primer tercio del pasado siglo, por ejemplo, Alemania se inclinaba por la primera y, con el auge del fascismo y las dictaduras, el CP italiano y la Ley franquista, de 24 de enero de 1941, abrazaron el otro objetivo.”

¹⁹ RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 1983, 81: “El adverbio *voluntariamente* restringe el concepto sin razón alguna para ello.”

²⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, t. I, vol. I, 1972, 607: “Al prescindir el Código de toda definición, y felizmente de la que dicha ley le brindara, no creo haya dificultad alguna para atenerse a la doctrina dominante, entendiéndose por aborto la destrucción de la vida intrauterina, con o sin expulsión, pero bajo el presupuesto de la existencia de dicha vida, que resulta indispensable para las formas perfectas, se entiende, no para las imperfectas o de imperfección relativa.”

²¹ MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1982, 66.

²² Véase supra 1ª, I, 1.4.

técnicamente satisfactoria para ser tomada como un concepto de aborto en sentido estricto.²³

El artículo segundo castigaba *“al que causare el aborto a una mujer sin su consentimiento”* con la pena de prisión mayor a reclusión menor en su grado mínimo. Mientras que el artículo tercero castigaba al que *“causare el aborto a una mujer con su consentimiento”* con la pena de prisión menor en sus grados medio y máximo. Imponiendo además esta misma pena *“si la mujer por su edad o por otra causa careciere de capacidad para consentir o si el consentimiento se obtuviese mediante violencia, intimidación, amenaza o engaño”*.

El artículo cuarto contemplaba la muerte y las lesiones de la mujer embarazada a consecuencia del aborto, disponiendo literalmente: *“Cuando a consecuencia del aborto sobreviniere la muerte de la mujer embarazada o se le causare alguna de las lesiones comprendidas en el artículo 423 del Código penal, se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo.”*²⁴ Del mismo modo el artículo quinto respecto a las prácticas abortivas en mujer no encinta creyéndola embarazada, o empleando medios inadecuados para producir el aborto, disponiendo textualmente: *“Las prácticas abortivas realizadas en mujer no encinta creyéndola embarazada o empleando medios inadecuados para producir el aborto, serán castigados con la pena de prisión menor en su grado medio si se realizasen sin su consentimiento y con la de prisión menor en grado mínimo, cuando este hubiera sido otorgado. Si a consecuencia de aquellas prácticas sobreviniere la muerte de la mujer o se le causare alguna de las lesiones comprendidas en el artículo cuatrocientos veintitrés del Código penal, se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo.”* Del mismo modo, el artículo octavo establecía literalmente que *“El que sin estar comprendido en los artículos segundo y tercero de esta Ley, a sabiendas del estado de embarazo de la ofendida realizara contra esta cualquier acto de violencia, amenaza o intimidación determinante de su aborto, será castigado con prisión menor en su grado mínimo y medio si no correspondiese mayor pena a las lesiones o amenazas, y en otro caso con las señaladas a estas en su grado máximo.”*

²³ Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 1983, 81: “El C.p. 1928 equiparó aborto y destrucción del feto, solución no satisfactoria técnicamente.”

²⁴ Véase infra 1^a, I, 1.8, c).

En el artículo 6 se regulaba el delito de aborto cometido por la propia mujer embarazada o el otorgamiento del consentimiento para que otra persona se lo realizase por parte de esta, conductas para las que se establecía la pena de prisión menor en sus grados mínimo y medio. Las mismas conductas realizadas por la mujer para ocultar su deshonra, se castigaban en el artículo séptimo con prisión menor en su grado mínimo, misma pena que se impuso a sus padres cuando cooperasen en el aborto para evitar la deshonra de su hija.

En cuanto al aborto realizado por facultativo, el artículo 9 disponía literalmente: *“El médico, matrona, practicante o cualquiera otra persona en posesión de un título sanitario, que causare el aborto o cooperare a él, será castigado con las penas, respectivamente, señaladas en los artículos segundo y tercero en su grado máximo y multa de dos mil quinientas pesetas a cincuenta mil pesetas e inhabilitación para el ejercicio de su profesión de diez a veinte años. El solo hecho de indicar sustancias médicas o procedimientos para provocar el aborto constituirá la cooperación penada en el párrafo anterior. En caso de habitualidad se impondrán las penas superiores en grado y la inhabilitación será perpetua.”* Al respecto el artículo dieciséis disponía: *“Los médicos, practicantes y matronas que asistieren a un aborto quedarán obligados a ponerlo en conocimiento de la Autoridad sanitaria dentro del plazo de cuarenta y ocho horas. El incumplimiento de esta disposición será sancionado por la Autoridad gubernativa con multa de cien a quinientas pesetas.”* Asimismo, en cuanto al aborto realizado por personas que no poseían título sanitario, el artículo doce indicaba: *“Los que sin hallarse en posesión de título sanitario causaren un aborto o cooperaren a él, si se dedicaren habitualmente a esta práctica, serán castigados, respectivamente, con las penas establecidas en los artículos segundo y tercero en su grado máximo y con multa de mil a quince mil pesetas. Asimismo quedará inhabilitado para prestar cualquier género de servicios en clínicas, establecimientos sanitarios o centros ginecológicos, públicos o privados.”*

En los artículos 10 y 11 se castigaba la expedición de sustancias o medicamentos abortivos y la venta de aparatos u objetos ginecológicos capaces de provocar o facilitar el aborto. Estos artículos indicaban textualmente: *“Artículo diez. Los farmacéuticos y sus dependientes que sin la debida prescripción facultativa expendieren sustancias o medicamentos estimados como abortivos, serán castigados con la pena de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado medio y multa de quinientas a diez mil pesetas. Los Tribunales, apreciando la gravedad del hecho, podrán también imponer a los farmacéuticos la inhabilitación de cinco a diez años para el ejercicio de su profesión. En*

caso de habitualidad se impondrán las penas superiores en grado y la inhabilitación será perpetua.” “Artículo once. Los fabricantes y negociantes en aparatos u objetos ginecológicos capaces de provocar o facilitar el aborto, que los vendieren a personas que no pertenecen al Cuerpo Médico o a comerciantes no autorizados para su venta, incurrirán en multa de mil a veinticinco mil pesetas. En caso de reincidencia, además de la pena anteriormente señalada, se decretará el cierre del establecimiento.” “Artículo trece. El que ofreciere en venta, vendiere, expendiere, suministrare o anunciare en cualquier forma, medicamentos, sustancias, instrumentos, objetos o procedimientos capaces de provocar el aborto, será castigado con pena de arresto mayor en toda su extensión y multa de quinientas a cinco mil pesetas. Quedan exceptuados de esta disposición, en lo relativo a la venta y expendición, los farmacéuticos y los fabricantes negociantes, debidamente autorizados, de instrumental ginecológico, quienes, cuando ejecutaren estos hechos, responderán de acuerdo con lo dispuesto en los artículos diez y once.”

1.8. El Código Penal de 1944, texto revisado de 1963 y texto refundido de 1973

La reforma del CP de 1932, demandada por la Ley de 24 de enero de 1941 para la protección de la natalidad contra el aborto y la propaganda anticoncepcionista, se retrasó hasta la promulgación del CP de 1944, resultando un texto acorde con el Derecho penal autoritario en auge que restableció la pena de muerte, impuso penas más severas con carácter general y otorgó mayor protección al Estado, a la familia y a los intereses sociales. Posteriormente, se publicó un texto revisado del CP en 1963 y otro refundido en 1973 (ambos con una regulación proveniente de la Ley de 24 de enero de 1941 y basados en la fórmula literal de los preceptos del CP de 1848), manteniéndose en ellos el tenor literal de la regulación del delito de aborto ofrecida por el CP de 1944, así como su ubicación en el Libro II, Título VIII, de los delitos contra las personas, Capítulo III, artículos 411 a 417.

El CP de 1944, texto refundido de 1973, fue el último CP que acogió el sistema de prohibición absoluta del aborto. Criminalizaba una amplia gama de conductas delictivas no

sólo de aborto en sentido estricto, sino también la expedición de abortivos²⁵ y la difusión de prácticas abortivas y anticonceptivas.²⁶ Esta amplia gama de modalidades delictivas sin duda se debía a que el CP no ofrecía una definición jurídica de aborto, lo que sí hizo la Ley de 24 de enero de 1941 en su art. 1º y de alguna forma el CP de 1928 en el art. 525,²⁷ siendo más tarde la doctrina y la jurisprudencia las que se ocuparon de procurar un concepto jurídico de aborto.

Las nociones jurídicas de aborto no coincidían con el concepto usado en medicina. El concepto médico entendía como aborto toda expulsión del feto, natural o provocada, producida dentro de los seis primeros meses de embarazo (posteriores a la concepción), considerando parto prematuro la expulsión del feto en el séptimo, octavo o noveno mes,²⁸ mientras que el concepto jurídico incluía la destrucción del feto tanto antes de la expulsión del claustro materno como a consecuencia de esta, excluyendo los supuestos de extracción de un feto que hubiese muerto de manera natural y el parto anticipado cuando nacía viva la criatura (de ahí que el concepto médico no era utilizado penalmente).²⁹ RODRÍGUEZ DEVESA y MUÑOZ CONDE, entre otros, señalaban que el aborto consistía en “la

²⁵ La expedición de abortivos se castigaba en el art. 415, párrafos tercero y cuarto con pena de arresto mayor y multa para el farmacéutico o a sus dependientes cuando sin la debida prescripción facultativa expendieren un abortivo.

²⁶ La difusión de prácticas abortivas y anticonceptivas se castigaba en el art. 416. A partir de la Ley 45/1978, de 7 de octubre, que modificó el art. 416, despenalizando la difusión de prácticas anticonceptivas mediante la eliminación de la frase “o de evitar la procreación” del párrafo primero y de los apartados cuarto y quinto del art. 416. Este artículo originariamente disponía: “Serán castigados con arresto mayor y multa de 5.000 a 100.000 pesetas los que con relación a medicamentos, sustancias, objetos, instrumentos, aparatos, medios o procedimientos capaces de provocar o facilitar el aborto o de evitar la procreación realicen cualquiera de los actos, siguientes: 1º Los que en posesión de título facultativo o sanitario meramente los indicaren, así como los que, sin dicho título, hicieren la misma indicación con ánimo de lucro. 2º El fabricante o negociante que los vendiere a personas no pertenecientes al Cuerpo médico o a comerciante no autorizados para su venta. 3º El que los ofreciere en venta, vendiere, expendiere, suministrare o anunciare en cualquier forma. 4º La divulgación en cualquier forma que se realizare de los destinados a evitar la procreación, así como su exposición pública y ofrecimiento en venta. 5º Cualquier género de propaganda anticonceptiva.”

²⁷ Véase supra 1ª, I, 1.7.

²⁸ RODRÍGUEZ DEVESA, DP. PE. 1983. 80: “Médicamente se entiende por aborto toda expulsión del feto, sea natural o provocada, dentro de los seis primeros meses siguientes a la concepción. Los casos restantes se incluyen bajo la denominación de parto prematuro. El concepto médico no es utilizable a los fines penales.”

²⁹ Al respecto véanse las SSTs de 21 de diciembre de 1947, 18 de diciembre de 1952, 5 de marzo de 1957, 1 de abril y 28 de junio de 1977, 24 de febrero de 1982 y 30 de enero y 23 de febrero de 1984.

muerte del feto” en el sentido de la STS de 24 de febrero de 1982, es decir, “la muerte del feto mediante su destrucción mientras dependía del claustro materno o por su expulsión prematuramente provocada”.³⁰

a) El tipo objetivo

Al tenor de esta regulación legal del aborto, no había un acuerdo unánime de la doctrina a la hora de determinar el *bien jurídico protegido*. Algunos autores entendían que las conductas reguladas en este CP lesionaban o ponían en peligro diversos bienes jurídicos, sobre los que tampoco había acuerdo. Para otros, el aborto protegía un único bien jurídico.

Así, RODRÍGUEZ DEVESA entendía que el aborto lesionaba o ponía en peligro, en primer lugar, la vida del feto (una vida humana en su fase anterior al nacimiento y cuya protección se otorgaba desde el momento mismo de la concepción), del mismo modo que lesionaba el interés del Estado en mantener una elevada cuota de natalidad y ponía en peligro la vida o la salud de la madre.³¹ Por su parte, RODRÍGUEZ RAMOS defendía que el bien jurídico principal era la esperanza de vida³², pero que además se tutelaba la vida y la salud de la madre en peligro por las prácticas abortivas, así como intereses demográficos estatales.³³ BUSTOS RAMÍREZ reconocía la protección de la vida del embrión o feto, la vida o salud de la mujer y la protección de un interés demográfico y ético-religioso.³⁴ En

³⁰ RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 1983, 81: “El aborto consiste en la muerte del feto mediante su destrucción mientras depende del claustro materno o por su expulsión prematuramente provocada.”. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, ob.cit., 66: “El aborto puede definirse como la “muerte del feto”. Dicha muerte puede tener lugar en el seno de la madre o provocando su expulsión prematuramente. Como es lógico, ha de tratarse de un aborto producido por la actividad humana, quedando fuera del ámbito de los abortos espontáneos.”

³¹ RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 1983, 77 y sigs.

³² HUERTA TOCILDO concebía la esperanza de vida en cuanto a valor cultural emanado de las normas sociales vigentes en un determinado contexto espacial y cultural, teoría que se asemejaba a la de ARROYO ZAPATERO cuando consideraba que el bien jurídico protegido era la vida humana en formación, en base, por un lado, a su derivación constitucional (principio de dignidad humana), y por otro, a su valor real en la práctica social cuya protección era considerada necesaria e imprescindible por la comunidad, al reconocer en ella un presupuesto de vida plena futura, un futuro miembro de la comunidad justificando así su protección jurídica a lo largo de todo el período de gestación. Cfr. HUERTA TOCILDO, Aborto con resultado de muerte o lesiones graves, 1977, 31; y ARROYO ZAPATERO, Prohibición del aborto y Constitución, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 209 y sigs.

³³ RODRÍGUEZ RAMOS, DP, PE, 1985, 14.

³⁴ BUSTOS RAMÍREZ, DP, PE, 1986, 55 y sigs.

sentido contrario, MUÑOZ CONDE, consideraba como único bien jurídico protegido la vida no independizada en todos sus estados de desarrollo, desde el momento de la concepción hasta el de su separación del claustro materno (debiendo entenderse por concepción no la mera fecundación del óvulo por el espermatozoide sino la anidación del óvulo ya fecundado en el útero materno).³⁵

El *objeto material* era el embrión o feto vivo o con capacidad de vivir, o dicho de otra manera, el fruto de la concepción anidado en el útero materno o con viabilidad intrauterina. RODRÍGUEZ RAMOS se refería a este como el producto de la concepción, tanto si se trataba de un feto viable como si se trataba de un óvulo fecundado por el espermatozoide, por estar la mujer gestante en sus tres primeros meses de su embarazo.³⁶ BUSTOS RAMÍREZ consideraba indiferente que el feto vivo o con capacidad de vivir presentase anomalías físicas o fisiológicas, ya que igualmente se trataba de vida humana. No había aborto si el feto o embrión estaba muerto o en el caso de la mola³⁷ (delito imposible de aborto) o si no era viable (por ejemplo debido a un embarazo ectópico, en el que el embrión se desarrollaba fuera de la cavidad uterina), de manera que el producto de la concepción muerto o aquel que con seguridad no podía nacer no se consideraba objeto material del delito de aborto, de hecho, en dichos casos no existía objeto material del delito.³⁸

No hay acuerdo en la doctrina a la hora de determinar el *sujeto pasivo* del delito de aborto al tenor de esta regulación legal. Un sector doctrinal entendía que el sujeto pasivo era el *nasciturus*, otro que lo era la mujer embarazada y finalmente otro sector doctrinal consideraba que el sujeto pasivo residía en la comunidad, sociedad o Estado.

Partiendo de que el sujeto pasivo es el titular del objeto jurídico entendido como el bien jurídicamente protegido por la ley penal bajo la amenaza de sanción, la consideración del *nasciturus* como sujeto pasivo mostraba una característica especial del delito de

³⁵ En este sentido MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1982, 66.

³⁶ RODRÍGUEZ RAMOS, DP, PE, 1985, 14.

³⁷ La mola es la masa o tumor que se forma en el interior del útero al inicio de un embarazo molar. Este tipo de embarazo se caracteriza por la existencia de una placenta anormal sin que haya ningún feto o bien habiendo algo de desarrollo fetal.

³⁸ Véase RODRÍGUEZ RAMOS, DP, PE, 1985, 14; BUSTOS RAMÍREZ, DP, PE, 1986, 59; y HUERTA TOCILDO, Aborto con resultado, 1977, 46. En sentido contrario la STS de 23 de marzo de 1966.

aborto: la incapacidad jurídica del *nasciturus* para ejercer por sí mismo la protección del objeto jurídico del que era titular (la vida prenatal).³⁹ Esta imposibilidad se debía a que el *nasciturus* no era considerado persona por el ordenamiento jurídico y en consecuencia no gozaba de la condición de sujeto de derecho que le otorgara la titularidad de derechos y obligaciones.⁴⁰ Es el nacimiento el que determina la personalidad⁴¹, teniéndose por nacido al concebido una vez producido el entero desprendimiento del seno materno, siempre que nazca con vida.⁴² De ahí que un sector de la doctrina afirmara que puesto que el *nasciturus* no podía ejercer derecho alguno, no podía ser considerado sujeto pasivo del delito de aborto⁴³, y valiéndose de este fundamento algunos afirmaban que era la madre el sujeto pasivo⁴⁴, afirmación que chocó con el hecho de que la madre podía ser el sujeto activo del delito, cuando mediaba su consentimiento para la realización del aborto.

Los que consideraban al *nasciturus* como sujeto pasivo entendían que éste, sin duda, era el titular del bien jurídico protegido (vida prenatal), independientemente de la imposibilidad jurídica por su parte para ejercer por sí mismo su autoprotección.⁴⁵

³⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, DP, PE, 1985, 14: “El sujeto pasivo es problemático, incluso si se fija la atención solamente en bien jurídico principal (la esperanza de vida). La dificultad de que el *nasciturus* sea el titular del bien jurídico es consecuencia de su incapacidad jurídica al no ser aún persona, sin que la protección civil del artículo 29 del Código Civil, a ciertos efectos, no pasase de ser una *factio iuris* que confirma dicha incapacidad general.”

⁴⁰ El ordenamiento jurídico español regula la atribución de la condición de persona a los individuos en los artículos 29 a 34 del CC.

⁴¹ La personalidad es también una creación del Derecho y se manifiesta en la capacidad para ser titular del conjunto de derechos y deberes atribuidos a un mismo ente y determina la capacidad para relacionarse jurídicamente, es decir, dentro de la personalidad jurídica podemos diferenciar entre la “capacidad jurídica” y la “capacidad de obrar”.

⁴² Véanse los artículos 29 y 30 del CC.

⁴³ BAJO FERNÁNDEZ, DP, PE, 1986, 123: “De modo secundario, y en la medida en que el aborto implica un ataque a la integridad física de la mujer, también ésta aparece como sujeto pasivo del delito de aborto, especialmente relevante en los supuestos de aborto sin consentimiento de la mujer o en el caso descrito en el último párrafo del artículo 411.” Asimismo, BUSTOS RAMÍREZ, DP, PE, 1986, 59.

⁴⁴ En este sentido BUSTOS RAMÍREZ, DP, PE, 1986, 59: “El sujeto pasivo como hemos señalado en este delito es la madre, ya que el embrión o feto no puede ejercer sus derechos, aún cuando se le reconozca un derecho a la vida; es ella la que tiene un deber especial respecto de él (el embrión o feto es un sujeto pasivo mediato eventual), porque tiene a su cargo sus derechos, luego frente a todos aparece como titular de esa vida que lleva en su vientre.”

⁴⁵ En este sentido COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, DP, PE, 1987, 557.

Finalmente, cierto sector doctrinal consideró que el sujeto pasivo era la comunidad⁴⁶, o bien la sociedad o Estado, entendidos como expresiones de la colectividad que velaban por los derechos del *nasciturus* que aún carecía de existencia como persona y por tanto de capacidad jurídica para autoprotegerse, y por ello, lo defendía para que llegase a existir.^{47 48}

El *sujeto activo* podía ser cualquier persona: la mujer embarazada provocando su propio aborto o un tercero que actuase con o sin consentimiento de la misma. Sólo en el caso del “aborto *honoris causa*” del art. 414, el círculo posible de autores estaba especialmente reservado a la embarazada o a sus padres.⁴⁹

La acción debía estar dirigida a causar la muerte del feto y podía tomar las más variadas formas de comisión, pudiéndose realizar mediante el empleo de los más diversos medios, desde medios físicos hasta medios mecánicos o químicos. Algunos incluso hablaban de “cualquier género de violencias físicas o morales”.⁵⁰ El resultado debía ser la destrucción del feto hallándonos ante un delito de resultado en el que era necesario que este se produjera para que el delito se consumara, de ahí que el objeto material debía ser necesariamente un feto vivo o con capacidad de vivir.⁵¹

⁴⁶ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, DP, PE, 1986, 123; y ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 213.

⁴⁷ En sentido contrario BUSTOS RAMÍREZ, DP, PE, 1986, 59: “En ningún caso puede ser la Comunidad como plantea Bajo (P.E., p. 123), ya que la vida, aunque sea dependiente, como la del feto o embrión, es siempre propia y no de todos.”

⁴⁸ Resulta interesante la explicación de ARROYO ZAPATERO al analizar la vida humana en formación como bien jurídico protegido: “Se trata de un bien jurídico de la comunidad y no de un bien jurídico individual de titularidad atribuida al propio *nasciturus* o a la mujer. Ni el *nasciturus* por sí mismo puede ser titular de intereses o de derechos a la tutela jurídica, ni la mujer puede disponer en sí misma en cualquier momento de un bien cuya protección se establece en función de un “acuerdo” o “necesidad” comunitaria.” ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 213 y sig.

⁴⁹ MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1982, 67.

⁵⁰ En este sentido RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 1983, 82.

⁵¹ RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 1983, 81.

b) El tipo subjetivo

Sin ánimo de considerar ahora las peculiaridades de cada modalidad de aborto, cabe indicar que el aspecto subjetivo mostraba una cuestión relevante: la posibilidad de que existiese una comisión culposa de aborto.

Como regla general sólo era posible la comisión dolosa⁵², tal como se deducía de la expresión “*de propósito*” utilizada por el art. 411 e implícita en el art. 413, encontrando una excepción puntual a la regla en el art. 412, que castigaba el aborto violento no intencionado a sabiendas del estado de embarazo de la mujer, lo que permitía presumir la posibilidad de una comisión culposa para ese caso concreto.

Por tanto, la doctrina mayoritaria entendía impune todo aborto culposo salvo el supuesto contenido en el art. 412, al entender que con éste el legislador pretendía castigar un supuesto muy particular, evitando, de modo tácito, la vigencia en el ámbito del aborto, de las cláusulas generales culposas.⁵³ A ello se añadían la existencia de la expresa exigencia “de propósito” contenida en el 411 e implícita en el 413, y las razones político-criminales que desde las altas cifras de abortos clandestinos hacían necesario no castigar determinadas modalidades de aborto intencionadas, lo que sin duda hacía considerar inviable las formas culposas más allá del propio art. 412, criterio que confirmaba el art. 174 del Proyecto de CP de 1980.⁵⁴

c) Las modalidades de aborto

El CP de 1944, texto refundido de 1973, tipificaba una amplia gama de conductas delictivas referentes al delito de aborto en sentido estricto.⁵⁵ Las modalidades de aborto dispuestas por este CP pueden clasificarse en dos grupos: en primer lugar, *el aborto causado de propósito* y en segundo lugar, *el aborto violento no intencionado*.

⁵² En este sentido la doctrina mayoritaria: RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 1983, 89 y sig.; MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1982, 67 y sig.; y BUSTOS RAMÍREZ, DP, PE, 1986, 60.

⁵³ Véase al respecto RODRÍGUEZ RAMOS, DP, PE, 1985, 14; y RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 1983, 90.

⁵⁴ Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, DP, PE, 1985, 14 y sig.

⁵⁵ QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado DP, PE, t. I, vol. I, 1972, 612: “Esta amplia gama de modalidades de aborto hace difícil escoger cuál puede servir como tipo básico.”

➤ El aborto causado de propósito

Dentro del aborto causado de propósito se distinguía a su vez los tipos básicos, los cualificados y los privilegiados.

i. Los tipos básicos

Los tipos básicos del aborto causado de propósito eran tres: el aborto causado de propósito con el consentimiento de la mujer, la mujer que consentía que otra persona le causare el aborto y la mujer que producía su propio aborto. Todos ellos eran castigados con la misma pena (prisión menor).⁵⁶

• El aborto causado de propósito con el consentimiento de la mujer

El aborto causado de propósito con el consentimiento de la mujer, estaba regulado en el art. 411 inciso 2, que establecía: *“El que de propósito causare un aborto será castigado: 2º Con la de prisión menor si la mujer lo consintiera.”*

Se trataba de una modalidad de aborto causado por un tercero con el consentimiento de la embarazada, dando lugar a una coautoría con la mujer que consentía que ese tercero le produjese el aborto (art. 413), de ahí que en ambos casos se aplicaba la misma pena, la de prisión menor.

El consentimiento de la mujer debía ser válido, no bastaba una aprobación expresa y seria, sino que la mujer tenía que ser consciente del alcance de su consentimiento y este debía ser libre. Evidentemente si mediaba engaño o violencia física o moral para que el consentimiento fuese otorgado, se tenía por inexistente a efectos penales, aplicándose el tipo cualificado del art. 411 inciso 1 correspondiente al aborto causado de propósito sin el consentimiento de la mujer.

Para la comisión de este delito era necesario el dolo directo dirigido a producir la muerte del feto. La tentativa era punible incluso cuando era inidónea, es decir, cuando era imposible la ejecución o la producción del delito.⁵⁷

⁵⁶ La prisión menor era una pena privativa de libertad con duración de entre 6 meses y 2 años.

⁵⁷ RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 1983, 84: “La tentativa del aborto no debía castigarse, según CARRARA. No es este el camino seguido por el Código. La tentativa es punible incluso cuando es inidónea; es decir, empleando la

• La mujer que consentía que otra persona le causase el aborto

Ciertamente, este delito consistía en una forma de participación de la mujer embarazada en el aborto, que en este CP se elevaba a la categoría de delito independiente.

Estaba regulado en el art. 413, al igual que otro de los tipos básicos de aborto cometido de propósito, el de la mujer que producía su propio aborto. En ambos casos la pena fue la misma, la de prisión menor. Este artículo disponía textualmente: *“La mujer que produjese su propio aborto o consintiere que otra persona se lo cause será castigada con la pena de prisión menor.”*

Como se indicó anteriormente, se trataba de un caso de coautoría: por un lado estaba el tercero que cometía el aborto de propósito con el consentimiento de la mujer, y que era castigado por el art. 411.2º; y por otro lado estaba la propia mujer embarazada que consentía que le provocasen el aborto al que se sometía voluntariamente, y que era castigada al tenor del art. 413, de ahí que en consecuencia la pena para ambos casos fuese la misma, la de prisión menor.

Sólo la mujer podía ser considerada sujeto activo de este delito, tratándose de una modalidad de aborto donde sólo podía darse la forma dolosa por el mismo hecho del consentimiento prestado por ella.

No bastaba que la mujer prestase su consentimiento a la persona que realizase el aborto, ni que el consentimiento prestado fuese válido, sino que debía iniciarse la ejecución del delito para superar las formas imperfectas anteriores a la tentativa, las fases de mera proposición o de la conspiración del aborto, de manera que la mujer respondía del delito consumado o no, según el feto muriera o no a consecuencia de la acción y los medios empleados para producir el aborto.⁵⁸

terminología legal, cuando es imposible la ejecución o la producción del delito (art. 52). Cuando la vida del feto expulsado prematuramente se salve, habrá un aborto frustrado. Esto es consecuencia obligada de ser el aborto un delito contra la vida del feto.”

⁵⁸

Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, DP, PE, 1985, 16; y RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 1933, 84.

• La mujer que producía su propio aborto

La mujer que producía su propio aborto constituyó otro de los tipos básicos de aborto cometido de propósito, también regulado en el art. 413 y castigado con la misma pena, de prisión menor, que los otros dos tipos básicos, el del aborto cometido de propósito con el consentimiento de la mujer y el de la mujer que consiente que otro le produjese el aborto.

La mujer embarazada era la única autora posible de este delito. Se admitió la intervención de terceros pero sólo a modo de partícipes⁵⁹, de aquí la principal diferencia de este tipo con la modalidad de aborto del art. 411, inciso 2, el aborto cometido de propósito con el consentimiento de la mujer, en cuyo caso ambos fueron coautores. El tercero podía participar por ejemplo induciendo o auxiliando a la embarazada, pero era ésta la que realmente tenía el dominio del hecho al realizarse ella misma su propio aborto.

ii. Los tipos cualificados

Dentro del grupo del aborto cometido de propósito, se distinguieron cinco tipos cualificados, todos ellos correspondientes a modalidades de aborto causados por un tercero, salvo el del facultativo que, con abuso de su arte, causara el aborto o cooperase a él, que comprendía también a los médicos, matronas, practicantes y personas en posesión de un título sanitario, regulado en el art. 415. Los cinco tipos cualificados fueron: el aborto causado de propósito sin el consentimiento de la mujer; el aborto con empleo de violencia, intimidación, amenaza o engaño para su realización o para obtener el consentimiento; el aborto con resultado de muerte o lesiones graves de la madre; el facultativo que, con abuso de su arte, causara el aborto o cooperase a él y el aborto causado sin hallarse en posesión de un título sanitario por habitualidad.

⁵⁹

MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1982, 73: "El tercero puede participar induciendo o auxiliando a la embarazada. que era la que tiene el dominio del hecho, al realizar su propio aborto. Es posible la autoría mediata. La embarazada puede servirse de un tercero como instrumento así por ejemplo, pidiendo al tercero, que nada sabe, que le suministre una medicina que en realidad es un abortivo." RODRÍGUEZ RAMOS, DP, PE, 1985, 17: "La mujer embarazada es la autora principal, siendo admisibles todo tipo de partícipes."

•El aborto causado de propósito sin consentimiento de la mujer

Este delito estaba regulado en el art. 411, inciso 1º: *“El que de propósito causare un aborto será castigado: 2º Con la pena de prisión mayor si obrase sin consentimiento de la mujer.”*

Debía actuarse con dolo directo dirigido a causar el aborto. Este debía abarcar la ausencia del consentimiento de la mujer. El consentimiento irrelevante equivalía a la falta de consentimiento, equiparándose a esta el consentimiento inválido por incapacidad de la otorgante o ignorancia.⁶⁰ Por tanto no sólo se incluyeron en esta modalidad de aborto los casos de aborto practicado contra la voluntad de la mujer, sino también aquellos en que su consentimiento se consideró irrelevante (una menor de edad, una inimputable).⁶¹ Cuando el tercero creía erróneamente que contaba con el consentimiento de la mujer para provocar el aborto y ese error era invencible, no se le castigaba por el delito del inciso 1º sino por el del inciso 2º, del aborto con consentimiento de la mujer.⁶²

•Aborto con empleo de violencia, intimidación, amenaza o engaño

El art. 411, inciso 2º, párrafo segundo, tipificaba otro de los tipos cualificados de aborto cometido de propósito, el aborto cometido con empleo de violencia, intimidación, amenaza o engaño para su realización o para obtener el consentimiento de la mujer, imponiendo en ambos casos, en su grado máximo, la pena de prisión mayor.

En este supuesto de aborto la participación de la mujer era totalmente impune, ya que no fue más que un mero instrumento.^{63 64}

⁶⁰ En este sentido RODRÍGUEZ RAMOS, DP, PE, 1985, 17.

⁶¹ Al respecto BUSTOS RAMOS, DP, PE, 1986, 60.

⁶² Véase MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1982, 70.

⁶³ RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 1983, 85: “El concurso de la mujer ha de incluirse en la categoría de la participación llamada necesaria (impune).”

⁶⁴ MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1982, 85: “Tal como está concebido gramaticalmente el texto de la ley, pudiera surgir la duda de si cuando la violencia, etc., se emplea para obtener el consentimiento y no para la realización del delito, la cualificación versa sobre un delito de aborto realizado con el consentimiento de la mujer. Una reflexión más detenida pone de manifiesto que no puede ser este el sentido de la ley, porque entonces habría que castigar a la víctima de la violencia, intimidación, amenaza o engaño como autora de un delito de aborto del art. 413. Es indiferente que la

Se consideró que la redacción de este supuesto era desafortunada. En primer lugar, porque estableció expresamente un supuesto que podía constituir una cualificación del art. 411, inciso 1º, al entender inexistente el consentimiento obtenido a través de violencia, intimidación, amenaza o engaño, sin que tuviese que establecerse como una cualificación propia del inciso 2º⁶⁵ y en segundo lugar, porque enumeraba una variedad de modos de actuar (violencia, intimidación, amenaza o engaño) que podían haberse reducido a dos modalidades (engaño y violencia), teniendo en cuenta que dentro de la violencia se incluye la “*vis physica*” (fuerza o violencia en sentido estricto) y la “*vis moralis*” (intimidación y amenaza).⁶⁶

•Aborto con resultado de muerte o lesiones graves de la madre

El aborto con resultado de muerte o lesiones graves de la madre estaba previsto en el párrafo último del art. 411, cuyo tenor literal establecía: “Cuando a consecuencia de aborto, o de prácticas abortivas realizadas en mujer no encinta, creyéndola embarazada, o por emplear medios inadecuados para producir el aborto, resultare la muerte de la mujer o se le causare alguna de las lesiones a que se refiere el número primero del artículo 420, se impondrá la pena de reclusión menor, y si se le causare cualquiera otra lesión grave, la de prisión mayor.”⁶⁷

Antes de la reforma del CP en 1983⁶⁸ se trataba de un caso de calificación en que bastaba que se diese la relación de causalidad⁶⁹ con el resultado muerte o lesiones, sin

intimidación o la amenaza versen sobre la causación de un mal a la propia mujer o a una tercera persona a la que esté vinculada por lazos afectivos suficientemente intensos para que se sienta coaccionada. Incluso la amenaza de dar, por ejemplo, muerte a un extraño inocente, sin relación alguna con ella, puede ser bastante para arrancar el “consentimiento” e integrar la cualificación.”

⁶⁵ En este sentido MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1982, 71; y RODRÍGUEZ RAMOS, DP, PE, 1985, 17.

⁶⁶ Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, DP, PE, 1985, 17; y RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 1983, 85.

⁶⁷ Art. 420, inciso 1º del CP de 1944, texto refundido de 1973: “*El que hiriere, golpear o maltratare de obra a otro será castigado como reo de lesiones graves: 1º Con la pena de prisión mayor, si de resultas de las lesiones quedare el ofendido imbécil, impotente o ciego.*”

⁶⁸ Ley 8/1983, de 3 de noviembre, de reforma urgente y parcial del Código Penal.

⁶⁹ Entre el delito base y la producción del resultado debía de mediar una relación causal adecuada, si el resultado era consecuencia de una circunstancia totalmente anormal no existía responsabilidad alguna por el resultado muerte o lesiones. En este sentido las SSTs de 6 de junio y 18 de noviembre de 1974: “El delito de aborto con resultado de muerte o lesiones tipifica sólo aquellos fallecimientos o lesiones producidos a consecuencia de los riesgos

necesidad de aspecto subjetivo (dolo o culpa), abarcándose incluso el caso fortuito.⁷⁰ Con la reforma del CP en 1983, el art. 1º introducía nuevamente la fórmula del CP de 1932⁷¹, al disponer literalmente: “No hay pena sin dolo o culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave sólo se responderá, de este si se hubiere causado, al menos, por culpa.”⁷²

•El facultativo que, con abuso de su arte, causa el aborto o coopera a él

Otro de los tipos cualificados de aborto producido de propósito fue el aborto causado por un facultativo, que, con abuso de su arte, causara el aborto o cooperase a él. Se regulaba en el art. 415, párrafo primero, que indicaba textualmente: “*El facultativo que con abuso de su arte, causara el aborto o cooperase a él, incurrirá en el grado máximo de las penas señaladas en los artículos anteriores y multa de 75.000 a 1.500.000 pesetas.*”

La expresión “*con abuso de su arte*” excluía de la esfera de esta agravación el aborto no intencionado del art. 412, toda vez que esta expresión era incompatible con la falta de propósito de causar el aborto que exigía dicho artículo.⁷³ Sucedió lo mismo con

característicos del comportamiento base peligroso (prácticas abortivas).” Asimismo, sobre la relación de causalidad, véase la STS de 1 de julio de 1982.

⁷⁰

Al respecto la jurisprudencia manifestaba que el resultado cualificante de muerte o lesiones graves de la mujer no era necesario que estuviese abarcado por el dolo o la imprudencia con que el autor actuó para producir el aborto. En este sentido véanse las SSTS de 28 de febrero de 1973 y 3 de julio de 1942.

⁷¹ El CP de 1932 introdujo la culpabilidad respecto del resultado de muerte exigiendo así el principio de culpabilidad, al regular por primera vez en la legislación española el aborto con resultado de muerte en el último párrafo del art. 417, que literalmente establecía: “*Cuando, a consecuencia del aborto, resultara la muerte de la mujer embarazada, se impondrán las penas respectivas en su grado máximo, siempre que hubiere mediado imprudencia y no correspondiere mayor pena, conforme al art. 558.*” Con este artículo el CP de 1932 pretendió terminar con la jurisprudencia contradictoria que bajo la vigencia del CP de 1870 había surgido en España y que algunas veces calificaba el aborto doloso en concurso con homicidio culposo y otras afirmaba que ambos delitos eran dolosos (con dolo indirecto el de homicidio). Véase RODRÍGUEZ DEVESA, ob.cit., 86.

⁷²

BUSTOS RAMÍREZ, DP, PE, 1986, 62: “Sin embargo, ya entonces se advirtió la contradicción existente si se consideraba que el resultado muerte o lesiones fuese debido a dolo (incluido el eventual), ya que entonces el sujeto resultaba privilegiado, lo cual no era el sentido de la disposición, ya que sólo tenía la pena del homicidio si se producía la muerte y no se consideraba el delito de aborto; por su parte la sola consideración de la imprudencia y del caso fortuito (excluyendo los casos de dolo) dejaba una elevación exagerada del delito de lesiones en relación al delito de homicidio.”

⁷³

En este sentido RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 1983, 88.

todos los actos de cooperación que no eran afines con la condición de profesionalidad exigida en este precepto, por considerarse actos que podían ser realizados por cualquier persona y para los cuales no era necesaria la profesionalidad, por ejemplo, colaborar indicando el lugar donde se realizaban abortos o cooperar indicando la persona que realizaba abortos. De manera que el abuso del arte médico se consideraba un elemento subjetivo del injusto y se entendía que dentro de la cooperación requerida para la comisión de este delito entraba tanto el auxilio necesario como el no necesario.⁷⁴

En cuanto al aborto “*honoris causa*” del art. 414, esta cualificante operaba cuando se trataba de abortos en que el facultativo era quien cooperaba con el aborto.

En virtud del párrafo cuarto del art. 415, la sanción del facultativo alcanzaba también a los médicos, matronas, practicantes y personas en posesión de títulos sanitarios que incurrieran en la conducta agravada que nos ocupa, siendo una cualificación donde el legislador tuvo en cuenta la condición de profesionalidad para agravar la pena.⁷⁵

Asimismo, y en lo que respecta a la pena, el art. 417 imponía una pena adicional y común (inhabilitación especial) para todos los culpables del delito de aborto, se hallasen o no en posesión del título de facultativo, que comprendía aparte de los efectos propios de una inhabilitación, la imposibilidad de prestar cualquier género de servicios en clínicas, establecimientos sanitarios o consultorios ginecológicos, públicos o privados.⁷⁶

La jurisprudencia más moderna entendía que la cualificante de profesionalidad, al igual que la de habitualidad que analizaremos a continuación, absorbía la agravación

⁷⁴ Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 1983, 88 y RODRÍGUEZ RAMOS, DP, PE, 1985, 19.

⁷⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 1983, 88: “Desde un punto de vista político-criminal, es contraproducente el tratamiento más severo del facultativo, teniendo en cuenta que en todo aborto, criminal o no, este siempre un peligro para la vida o la salud de la madre, que se aminora cuando interviene una persona que conozca las técnicas convenientes para disminuir ese peligro.”

⁷⁶ En este sentido la STS de 21 de enero de 1969.

genérica del precio,⁷⁷ al contrario que la doctrina jurisprudencial antigua, que compatibilizaba esta agravación específica con la genérica agravante de precio.⁷⁸

•Aborto causado por habitualidad

El art. 415, párrafo segundo, regulaba el quinto y último tipo cualificado de aborto causado de propósito. Esto es, el aborto producido por quienes habitualmente, sin hallarse en posesión de un título sanitario, se dedicaban a esta actividad.

Este artículo dispuso literalmente: *“Se impondrá también el grado máximo de la pena y multa de 30.000 a 300.000 pesetas a los que, sin hallarse en posesión de un título sanitario, se dicaren habitualmente a causar el aborto de otras personas.”*

Al igual que el aborto producido por un facultativo, esta modalidad de aborto causado por habitualidad se castigaba con el grado máximo de las penas señaladas en los artículos anteriores, imponiéndose además la pena de multa. Del mismo modo, en este caso se aplicaba la pena adicional de inhabilitación especial del art. 417.

La habitualidad suponía la realización continuada de abortos, sin que fuese necesario que el autor hubiese sido condenado anteriormente por hechos de esta clase o actos similares⁷⁹, distinguiéndose de esta manera de la reincidencia como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal.⁸⁰

No era aplicable la agravante genérica de reincidencia por encontrarse implícita en la figura cualificada que nos ocupa, bastando la mera comprobación de actos similares, repetidos cierto número de veces, generalmente más de dos, dentro de un tiempo que permitiera suponer que no existía discontinuidad entre ellos.⁸¹

⁷⁷

Al respecto SSTS de 18 de noviembre de 1974, 17 de abril de 1975, 12 de junio de 1976, 11 de febrero y 4 de junio de 1977 y 25 de marzo de 1983.

⁷⁸

Véase las SSTS de 4 de marzo de 1952, 5 de julio de 1956 y 10 de mayo de 1968.

⁷⁹

Cfr. MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1982, 71.

⁸⁰

El art. 10, inciso 15º, del CP de 1944, texto refundido de 1973 disponía literalmente: *“Son circunstancias agravantes: 15º. Ser reincidente. Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo título de este Código.”*

⁸¹

En este sentido MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1982, 71 y RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 1983, 89.

iii. Los tipos privilegiados

Los tipos privilegiados de aborto producido de propósito eran los comprendidos en el art. 414, correspondientes al denominado aborto “*honoris causa*”.

• El aborto “honoris causa”

El art. 414, disponía textualmente: “*Cuando la mujer produjese su aborto o consintiere que otra persona se lo cause para ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de arresto mayor. Igual pena se les aplicará a los padres que, con el mismo fin y con el consentimiento de la hija, produzcan o cooperen en la realización del aborto de ésta. Si resultare la muerte de la embarazada o lesiones graves, se impondrá a los padres la pena de prisión menor.*”

Esta modalidad de aborto presentaba las mismas características que el delito de infanticidio, donde de igual forma la pena fue substancialmente rebajada teniendo en cuenta el ánimo de ocultar la deshonra de la mujer embarazada como elemento subjetivo del injusto. Se trataba de un delito especial, un “*tipo legal especial impropio*” en el cual los sujetos activos se cerraron al círculo de personas enumeradas en el mismo, la mujer embarazada y sus padres.⁸²

Para encuadrar a los padres en el beneficio ofrecido por este precepto, se requería la existencia del consentimiento de la hija, y como no, la causa de ocultar su deshonra. Si faltaba el consentimiento de la hija, aunque existiese la causa de ocultar su deshonra, no procedía la aplicación de este artículo, sino que había que aplicar el art. 411, párrafo primero, aunque, indudablemente, se tuviese en cuenta ambas circunstancias a la hora de establecer la pena.

La atenuación de la pena alcanzaba a los padres de la embarazada aunque interviniesen en calidad de partícipes, siempre que actuaran con consentimiento de esta. Las demás personas que intervenían en el aborto “*honoris causa*”, en principio, eran autores de un delito de aborto con consentimiento de la mujer embarazada, regulado en el art. 411, párrafo segundo, siempre que su participación fuese de tal magnitud que tuviese

⁸² Véanse las SSTs de 28 de marzo de 1973, 28 de abril de 1975 y 29 de octubre de 1976.

el dominio del hecho.⁸³ Si era la mujer la que producía su propio aborto, los inductores o auxiliares se beneficiaban del privilegio de este precepto en virtud del principio de accesoriedad, siempre y cuando, no hubiesen causado el aborto.⁸⁴ En lo que se refirió al facultativo, independientemente de la cooperación que tuviese en el aborto “*honoris causa*”, se le aplicó la pena que le correspondía en su grado máximo al tenor del art. 415.

La jurisprudencia exigió la necesidad de probar la causa de ocultar la deshonra de la mujer embarazada así como el consentimiento de esta, sin entender suficientes las simples presunciones, limitando de esta manera la aplicación de un tipo privilegiado que reducía substancialmente la pena.⁸⁵

Por otra parte, la jurisprudencia entendió que este privilegio podía serle de aplicación tanto a mujeres solteras como a mujeres casadas o viudas, sin embargo, hubo sentencias que contradictoriamente quitaron este privilegio a las mujeres casadas por entender poco verosímil el propósito de ocultar la deshonra.⁸⁶ En un sentido propio, la STS de 28 de junio de 1977, consideraba inaplicable este precepto en aquellos casos en que la madre era mayor de edad, con instrucción superior en estos aspectos sanitarios, soltera y sin ligaduras que pudieran forzarla a un acto de esta naturaleza, basándose en el cambio que había operado en el concepto social del honor.

►El aborto violento no intencionado

El aborto violento no intencionado se regulaba en el art. 412, que textualmente establecía: “*El aborto ocasionado violentamente, a sabiendas del estado de embarazo de la mujer, cuando no haya habido propósito de causarlo, se castigará con la pena de prisión menor.*”

⁸³ Véase la STS de 28 de abril de 1975.

⁸⁴ Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 1983, 89.

⁸⁵ En este sentido las SSTS de 28 de junio de 1944, 28 de febrero de 1949 y 26 de enero de 1976.

⁸⁶ Al respecto las SSTS de 25 de febrero de 1946 y de 31 de mayo de 1952.

La violencia implicaba el empleo de la fuerza física, sin que fuese suficiente la intimidación o coacción moral⁸⁷, teniendo en cuenta que cuando legislador había querido incluir la violencia moral lo había hecho expresamente (art. 411, párrafo tercero).⁸⁸

El autor debía conocer el estado de embarazo de la mujer (“a sabiendas del estado de embarazo de la mujer”) o como mínimo debía existir una presunción del mismo por su parte.⁸⁹

La exigencia de que “no haya habido propósito de causarlo” planteó doctrinalmente diferentes puntos de vista sobre el tipo subjetivo en este delito. Para cierto sector doctrinal se trataba de un caso de dolo eventual tipificado expresamente en el art. 412, al exigir el objetivo conocimiento del estado de embarazo de la mujer, lo que se consideraba igual a exigir la representación del probable resultado de aborto.⁹⁰ RODRÍGUEZ DEVESA entendía que era un delito culposo por el empleo de la palabra “violentamente”⁹¹ y porque las circunstancias de conocer el estado de embarazo y la violencia permitían presumir la culpa *iuris et de iure*.⁹² QUINTANO RIPOLLÉS lo definía como una rara híbrida, una forma entre culposa y preterintencional del aborto, que en rigor nada tenía que ver con este delito, toda vez que castigaba con pena de prisión menor el aborto ejecutado violentamente en una mujer embarazada, a sabiendas de su estado de embarazo, cuando no se había tenido el propósito de causar el aborto, resultando impune el aborto imprudente tanto cuando era causado por la propia embarazada como cuando era causado por otro sin violencia.⁹³ Finalmente, otra parte de la doctrina creía que esta

⁸⁷ En este sentido la STS de 30 de noviembre de 1887.

⁸⁸ Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, DP, PE, 1985, 20.

⁸⁹ Véase las SSTS de 12 de julio de 1893 y 4 de enero de 1944.

⁹⁰ Cfr. Del Rosal/Cobo del Rosal/Rodríguez Mourullo, DP, PE, 1962, 388.

⁹¹ Al respecto RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 1980, 95.

⁹² RODRÍGUEZ DEVESA. DP. PE. 1983. 89 y *seq.*: “La impunidad del aborto culposo. plausible por la dificultad de determinar la relación de causalidad en las acciones que, imprudentemente, pueden acarrear el aborto en el curso de un embarazo y que prueba la prudencia del legislador ponderando por mayores los daños que traerían consigo las pesquisas en la intimidad de la vida familiar si el aborto culposo se castigase. encuentra una excepción justificada en el art. 412. Castiga este el aborto ocasionado violentamente a sabiendas del estado de embarazo de la mujer. Dos circunstancias, el conocer el estado de embarazo y la violencia, hacen desaparecer las dificultades antes indicadas para la punibilidad del aborto culposo y permiten presumir la culpa *iuris et de iure*.”

⁹³ QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado DP, PE, t. I, vol. I, 1972, 572.

exigencia sólo excluía el dolo directo, admitiendo el dolo eventual y la culpa,⁹⁴ pero que esta tesis no se podía elevar a regla general toda vez que a veces podía existir un delito cualificado por el resultado en el que el resultado cualificante no había sido previsto por el autor y en cuyos casos también había de castigarlo por el art. 412 al no precisar la previsibilidad subjetiva sino la objetiva.⁹⁵

2. *La realidad social del aborto en España durante su prohibición absoluta*

La prohibición absoluta del aborto que dominó el Derecho penal español hasta el año 1985, se caracterizó por su ineffectividad práctica para evitar la realización de abortos, lo que colocó en un plano sencillamente ideal las normas penales que castigaron el aborto en todos los casos. Ni la crueldad del Derecho penal del Antiguo Régimen, ni menos aún el carácter conservador y tajante del Derecho penal moderno, evitaron que muchas mujeres optaran por abortar, a pesar de los riesgos para su vida o salud, o las consecuencias legales que podían sufrir, al entender que el aborto era un mal, pero menor que tener un hijo en determinadas situaciones.⁹⁶

El Golpe de Estado de julio de 1936 que desembocó en la Guerra Civil Española, y la posterior dictadura franquista, fortalecieron el sistema de prohibición absoluta del aborto

⁹⁴ Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, DP, PE, 1985, 22.

⁹⁵ Véase MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1982, 73: "Es objetivamente previsible que actuar violentamente sobre una mujer sabiendo que está embarazada, puede acarrear el aborto. La mayoría de las personas, pues, que produzcan un aborto en estas circunstancias, lo habrán causado imprudentemente. No obstante, es imaginable que un analfabeto de nula cultura ignore el riesgo que representa para la vida del feto la violencia ejercida sobre la mujer encinta. Como el art. 412 está configurado como delito cualificado, es decir, precisa la previsibilidad objetiva, pero no la subjetiva, habrá que castigar también a ese individuo, a pesar de la falta de previsibilidad subjetiva."

⁹⁶ En este sentido BUSTOS RAMÍREZ, DP, PE, 1986, 56: "Por una parte hay que destacar que, a pesar de la existencia de una rigurosa regulación del delito de aborto, la cifra de abortos clandestinos es sumamente elevada (así en Alemania antes de la reforma se calculaba en 200.000 por año, Hirsch, p. 40) y, sin embargo, sumamente escasos los procesos por su práctica. Con lo cual las disposiciones sobre el delito de aborto aparecen puramente ideológicas. Por otra parte, esta gran cifra de abortos clandestinos no perseguidos lleva a la configuración de una gran red de gestión no médica que siempre produce graves consecuencias sobre la salud y la vida de la madre."

con una legislación penal autoritaria, acorde a las condiciones políticas y sociales de la España de la época.⁹⁷

Se acababa así con los aires aperturistas que dieron a las mujeres un espacio de libertad y decisión sobre su voluntad reproductiva, en un corto periodo de tiempo, a partir del Decreto de 25 de diciembre de 1936, que despenalizó parcialmente el aborto en Cataluña.

Poco tenía que ver la política de género de la dictadura española, que negaba a las mujeres cualquier tipo de autonomía individual, relegándolas a un plano de sumisión que las recluía al terreno doméstico, con los escenarios políticos democráticos y las tendencias legislativas despenalizadoras del aborto de otros países Europeos y de Estados Unidos; una situación que fomentó el llamado “turismo abortivo”, en virtud del cual las mujeres que disponían de medios económicos se trasladaban a otros países para abortar legalmente.

En este sentido cabe señalar que *Suiza* había legalizado el aborto en 1937 en caso de peligro para la vida o la salud de la madre.⁹⁸ *Suecia* lo había legalizado en 1938 en caso de peligro para la vida o la salud física o mental de la madre.⁹⁹ *Gran Bretaña* despenalizaba el aborto en 1968 para preservar la vida o la salud física o mental de las mujeres embarazadas, para evitar perjuicios a los hijos ya existentes y por riesgo serio de graves anomalías físicas o mentales del futuro hijo. *Dinamarca* lo legalizaba en 1970 para las mujeres mayores de 38 años o con más de cuatro hijos menores.¹⁰⁰ *Estados Unidos* lo

⁹⁷ Sobre la política de género del régimen franquista, véase ORTIZ HERAS, Mujer y dictadura franquista, Aposta, núm. 28, 2006, passim. En lo referente a la regulación del aborto durante este régimen, véase supra 1ª parte, I, 1.7 y 1.8.

⁹⁸ La afluencia de mujeres extranjeras en Suiza que abortaban al tenor de esta despenalización, hizo que las autoridades suizas exigieran en cierto momento, que las embarazadas sin nacionalidad suiza que desearan someterse al aborto voluntario, estuvieran debidamente empadronadas en el cantón donde se practicaría el aborto, por lo menos tres meses antes de la práctica del mismo.

⁹⁹ En el caso de Suecia, incluso una comisión podía autorizar el aborto para evitar lesiones graves del feto, cuando el embarazo era consecuencia de un acto criminal o violación, si la mujer embarazada era menor de edad, padecía psicosis u oligofrenia y cuando uno de los progenitores podía transmitir al hijo una tara fisiológica grave.

¹⁰⁰ Además, en Dinamarca el aborto podía autorizarse por una comisión, cuando la situación moral, familiar, social, profesional o económica de la familia, pudiera verse agravada con la llegada de un nuevo hijo. En Finlandia, la regulación del aborto fue muy similar a la de Dinamarca.

hacía en todos sus estados durante los tres primeros meses de embarazo en 1973.¹⁰¹ *Austria* despenalizaba el aborto en 1974, dentro de los tres primeros meses de embarazo mediando asesoramiento médico, en casos de peligro grave para la salud física o psíquica de la embarazada, graves defectos físicos o psíquicos del futuro niño y embarazadas menores de catorce años. En *Francia* se despenalizaba en 1975, a petición de la mujer en las primeras diez semanas de embarazo. En la *Alemania federal* lo despenalizaban en 1976, cuando versaba el consentimiento de la embarazada y el aborto estaba medicamente indicado por peligro para la vida o salud física o psíquica de la embarazada. E *Italia* por su parte, despenalizaba parcialmente el aborto en 1978, dentro de los primeros noventa días de embarazo, por peligro para la salud física o psíquica de la madre, dificultades económicas, sociales o familiares o por temor a anomalías o malformaciones del futuro niño.¹⁰²

Eran tiempos de liberación sexual, que además chocaban con la prohibición imperiosa de cualquier método encaminado a evitar la procreación (la venta, suministro u ofrecimiento de cualquier medicamento, objeto o procedimiento capaz de evitar la procreación y la propaganda anticonceptiva), lo que impedía que las mujeres y las parejas en general, tuviesen la libertad de decidir cuántos hijos deseaban tener y en qué momento de sus vidas. Las mujeres progresistas reivindicaban el derecho a los anticonceptivos y al propio cuerpo bajo el lema “*anticonceptivos para no abortar, aborto libre para no morir*”, pero no fue sino hasta 1978 cuando se modificaba el art. 416 del CP¹⁰³ y se legalizaban los métodos anticonceptivos en España, suponiendo una verdadera liberalización para las mujeres españolas.

Las estadísticas sobre el aborto eran bastante imprecisas entonces, debido al absoluto secretismo que se mantuvo al respecto por las propias autoridades estatales, de

101

En Estados Unidos, entre el tercero y sexto de embarazo, el Estado podía intervenir para asegurar el aborto en condiciones que no pusiesen en peligro la vida de la madre; y a partir del sexto mes, el Estado podía prohibirlo salvo peligro para la vida de la madre. Véase *infra* 2ª, II.

102

Sobre la despenalización del aborto en Europa y Estados Unidos durante este período, véase RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 1983, 92 y sigs.; asimismo véase *infra* 2ª, I y II.

103

El artículo 416 del CP era un precepto procedente de la Ley franquista de 1941, en principio castigaba con arresto mayor o multa a todos aquellos que indicaran, vendiera, anunciaran, suministraran o divulgaran cualquier medio o procedimiento capaz de facilitar el aborto o evitar la procreación; sin embargo, en virtud de la Ley 46/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los artículos 416 y 343 bis del Código Penal, quedaba excluida de dicho precepto toda referencia a los anticonceptivos. Al respecto RODRÍGUEZ RAMOS, DP, PE, 1985, 21 y sig.

manera que entre una fuente y otra, las cifras podían distar bastante, pero en cualquier caso, eran alarmantes, o como mínimo, inquietantes. Por ello desde la década de los 70, dentro de los campos sanitario y sociológico, se ha considerado el aborto voluntario como un fenómeno real pero oculto, lo que justamente se traduce en que nunca haya habido datos estadísticos fiables.¹⁰⁴

La Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1974 indicaba que los abortos clandestinos realizados en España fueron en torno a los 300.000 anuales.¹⁰⁵ La Tribuna

104

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Actitudes y criterios sobre la planificación familiar y el aborto, REIS, núm. 1, 1978, 207 y sigs.: "El estudio objetivo, real y pleno de rigor científico hecho desde la Sociología podrá arrojar la necesaria luz sobre la cuestión, a fin de que no sea utilizada demagógicamente y que los datos, cifras y pautas que se manejen o a los que se haga referencia no sean fruto de elucubraciones ni de criterios más o menos especulativos. La tarea no es fácil, según hemos podido constatar en la elaboración de este estudio. La información incompleta, en unos casos, y la carencia absoluta, en otros, de los datos necesarios impiden, en gran medida, la aproximación a la constatación empírica del fenómeno. Sería de desear una mayor atención, por parte de los entes competentes correspondientes, hacia el problema a través de una unificación en la consecución y recopilación de datos para conocimiento y posterior tratamiento, según procediera, de sociólogos, psicólogos, estadísticos, médicos o políticos. En la medida en que los datos se ajusten con mayor fiabilidad a la realidad, menor será el margen que quede a la suposición especulativa." "(...) Con independencia de la ilegalidad del aborto provocado, del que solamente podemos tener conocimiento a través de las cifras referidas a la realización de diligencias, instrucción de sumario, imposición de sanción en virtud de sentencia dictada y obtenidas de los organismos judiciales o por las cifras facilitadas en otros países donde súbditas españolas van a provocárselo, es punto menos que imposible conocer el número exacto de los abortos espontáneos habidos en España, aunque entre éstos se enmarcasen algunos provocados y sin que ello pueda, demostrar, dado que el aborto en nuestro país no está considerado ni desde los mismos límites ni desde la misma conceptualización a efectos clínicos, por un lado, y a efectos legales y estadísticos, por otro. Por esta razón es por lo que sostenemos que es realmente difícil saber, no ya con exactitud, sino con un mínimo de aproximación, las cifras de abortos, ya sean espontáneos, ya provocados, ya controlados, ya clandestinos, ocurridos en España, y de los que hayan sido protagonistas mujeres españolas."

105

GONZÁLEZ MANRIQUE, Aproximación social y cinematográfica a la problemática del aborto en la transición, Quaderns de Cine, núm. 5, 2010, 45: "Finalmente, la cifra de 300.000 abortos anuales fue la que escojó el Fiscal General del Tribunal Supremo en la memoria de 1974, aunque sin precisar el procedimiento de cálculo." Del mismo modo, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aborto y planificación familiar: aspectos sociológicos, REIS, núm. 5, 1979, 139 y sigs.: "El propio fiscal del Tribunal Supremo, en la Memoria correspondiente al 15 de septiembre de 1974, admite como posible la cifra cuando expone: «En España según datos publicados en una revista profesional, sólo en Madrid se provocan unos 20.000 abortos ilegales al año, aunque otras cifras hacen subir a 75.000 este número, de donde arranca la posibilidad –número calculado aproximado- de que en todo España vengan a producirse unos 300.000 abortos anuales».» Según DIÉZ NICOLÁS, era corriente manejar la cifra de 300.000 abortos voluntarios anuales en España o de españolas fuera de España, sin embargo lo exagerado se ponía de manifiesto cuando se tomaba en cuenta que, el total de nacimientos en España era de aproximadamente 600.000 niños; y en Francia la población bastante mayor a la de España y con el aborto legalizado hacía bastantes años, sólo obtenía la cifra de 171.3000 abortos en el año 1980; mientras Italia con población muy superior a la de España y el aborto recientemente

Médica, en su núm. 541, de febrero de 1974, fijaba los abortos provocados en España en un techo máximo de 100.000 y un mínimo de 70.000 abortos anuales.¹⁰⁶ Y existían datos judiciales estimativos de 1977 que los llegaron a valorar entre 100.000 y los 500.000.¹⁰⁷ Otros informes, aún más antiguos, ya redondearon en 100.000 los abortos provocados anualmente en España a principios de los años sesenta.¹⁰⁸ En 1972, se publicó un trabajo de DELEYTO J.M. en torno a este tema, en el que “se consideraba al número de abortos anuales atribuidos a la prostitución —un máximo de 40.000 y un mínimo de 36.000—, a las relaciones extramatrimoniales —un máximo de 15.000 y un mínimo de 10.000— y a la abortividad del matrimonio —entre 14.000 y 12.000— dando lugar a una cifra máxima de 114.000 abortos anuales en España, o sea, entre seis y siete veces superior a la cifra de abortos legales.”¹⁰⁹

Si bien los abortos en España habían sucedido siempre de una u otra forma, el problema se centraba en torno a los abortos clandestinos realizados bajo condiciones higiénicas lamentables y por personas sin conocimientos médicos. Las mujeres de familias más pudientes podían recurrir a un aborto en otros países que habían legalizado esta práctica o bien a un aborto en España que aunque encubierto se realizaba bajo condiciones higiénicas adecuadas y por profesionales de la medicina.¹¹⁰ Sin embargo, las mujeres de bajos recursos económicos, las más humildes y con poca cultura, se veían obligadas a recurrir a abortos clandestinos sumamente inseguros al ser realizados por aborteras sin conocimientos médicos, que utilizaban procedimientos abortivos agresivos y peligrosos, lo que se convirtió en un problema social muy grave, debido al alto porcentaje de mortalidad y al elevado número de mujeres que sufrieron lesiones graves, tanto físicas, como por ejemplo la esterilidad, como psíquicas. Los métodos utilizados iban desde el

legalizado, sólo llegaba a los 220.300 abortos anuales; por consiguiente concluía que la cifra de abortos en España o por españolas en el extranjero, no podía sobrepasar los 100.000 abortos anuales. DIÉZ NICOLÁS, La familia en Europa y el cambio social, REIS, núm. 21, 1983, 28.

¹⁰⁶ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, REIS, núm. 1, 1978, 210.

¹⁰⁷ Véase Estadísticas judiciales de España del año 1977, INE, 1979, 68, 77, 225, 228 y 231.

¹⁰⁸ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, REIS, núm. 1, 1978, 210: “En este sentido el profesor Fernández Cabeza, en un trabajo publicado en 1962 con ocasión del XI Curso Internacional de la Sociedad Internacional de Criminología celebrado en Madrid, hablaba, redondeando diversas estimaciones, de 100.000 abortos, aproximadamente, anuales en España.”

¹⁰⁹ Cfr. GONZÁLEZ MANRIQUE, Quaderns de Cine, núm. 5, 2010, 45.

¹¹⁰ RODRÍGUEZ SAHUQUILLO, A Londres o a la abortera de barrio, Diario El País de 5 de mayo de 2013: “Cuántas de las artionas, o de las señoras e de hijas de familias pudientes, lo disfrazaban como apendicitis”.

empleo de las tradicionales hierbas abortivas del hinojo y el perejil o recetas de brebajes realizados con plantas tóxicas como la ruda (que podía encontrarse fácilmente en los parques madrileños), hasta la introducción en la vagina de agujas de hacer punto, lavativas de soluciones jabonosas (lejía con detergente, sales de plomo, mercurio, aluminio, permanganato potásico, alcohol y Coca-Cola), baños de agua muy caliente y los purgantes recomendados como abortivos por los romanos, métodos en su mayoría muy peligrosos que producían unas infecciones tremendas a las mujeres y en algunos casos la muerte fulminante. Aunque suene increíble, se decía que eran tiempos en los que las mujeres de Madrid cogían el autobús de Villaverde a Vicálvaro, “que era un puro bache”, y hacían varias veces el recorrido con la esperanza de abortar con los saltos.¹¹¹

Las cifras sobre mortalidad en el aborto clandestino se hacían difícilísimas de precisar, dada la falta de fiabilidad de las propias cifras sobre abortos ilegales. Pese a ello, en lo que a España respecta, IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO daba como correctas las cifras de 100.000 abortos clandestinos anuales que desglosaba en 20.000 abortos legales, 30.000 abortos realizados en el extranjero y 50.000 abortos clandestinos, de manera que el porcentaje de abortos clandestinos sobre el total de abortos reales, tanto en España como en otros países donde el aborto era permitido, se traducía en un mínimo del 99%; llegando a cifrar para el año 1976, entre 200 y 400 las mujeres que morían a consecuencia de abortos ilegales.¹¹² Según estadísticas españolas, que se ajustaron a la clasificación internacional de enfermedades elaborada por la OMS, se produjeron 48 muertes por aborto voluntario entre 1975 y 1979, aunque esta cifra no reflejaba la realidad. En las defunciones por otros procesos patológicos como tétanos e infecciones de riñón se producían casi el doble de fallecimientos en mujeres en edad fértil que en hombres, por lo que estas muertes pudieron ser imputables a la realización de abortos clandestinos previos.¹¹³

Muchas de las mujeres más adineradas o que contaban con mayor información optaban por el “turismo abortivo”, de manera que viajaban a otros países para abortar legalmente en condiciones sanitarias y personales dignas, sin riesgo para su vida ni para

¹¹¹ AZNÁREZ TORRALVO, Del perejil a la píldora del día después, en El País Semanal. Diario El País de 6 de mayo de 2001, disponible en <http://www.elpais.com/especiales/2001/25aniversario/especial/03/index.html>.

¹¹² IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, La despenalización, 1992, 82.

¹¹³ Sobre datos estadísticos de mortalidad materna por aborto véase HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, REIS, núm. 5, 1979, 142 y sig.

su salud y sin temor a verse inmersas en un procedimiento penal que les pudiese condenar por un delito de aborto. Unas 30.000 españolas viajaban al extranjero cada año para interrumpir su embarazo, entre las cuales había todo tipo de mujeres: solteras, divorciadas o casadas, que incluso habían dejado a sus maridos preocupados en casa porque no podían pagar el viaje para los dos. Más de 20.000 de ellas acudían a clínicas londinenses, según datos del Gobierno británico.¹¹⁴ Otras acudían a Holanda porque en sus centros no era necesario quedarse a dormir tras la intervención, de manera que se ausentaban menos tiempo de casa, lo cual era importante porque la mayoría de sus familias no sabían nada.¹¹⁵ La desigualdad de oportunidades que existía en torno al “turismo abortivo” entre las clases adineradas y las económicamente débiles fue absolutamente injusta, de modo que la prohibición incondicional del aborto por la legislación penal española sólo regía para las mujeres que carecieron de medios económicos o de información, probablemente el sector más marginado de la sociedad por sus escasos recursos económicos y su poca cultura.¹¹⁶ No era lógico mantener la punibilidad total del aborto cuando el aborto era una práctica permitida en la mayoría de países europeos a los que sin problema podía viajar cualquier persona con dinero y suficiente información para abortar libremente en perfectas condiciones de seguridad y salubridad.¹¹⁷

114

Al respecto IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, *La despenalización*, 32 v 84: “Por otro lado los datos de las abortistas españolas en Londres, según estadísticas oficiales inglesas, en 1982 sólo alcanzaban estimativamente la cifra de 20.000.” Resulta muy interesante el cuadro estadístico núm. 6, ofrecido por este autor a partir de fuentes estadísticas de Reino Unido, donde se pueden observar las cifras sobre abortos legales practicados a no residentes en Inglaterra y Gales, distribuidos por países de residencia habitual, entre los años 1969 a 1981, que en el caso de España parte de los 100 abortos en el año 1970, pasando por los 6.400 abortos en 1976, los 14.000 sólo 2 años más tarde (1978), hasta culminar en los 20.500 abortos en el año 1981.

115

Véase RODRÍGUEZ SAHUQUILLO, A Londres, *Diario El País* de 5 de mayo de 2013; e IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, *La despenalización*, 1992, 82.

116

IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, *La despenalización*, 1992, 81: “Por lo que respecta a España, que ha mantenido hasta 1985 un criterio legal en el que toda conducta abortiva sin excepción era delito, el fenómeno del turismo abortivo había llegado poco menos que a institucionalizarse, y Londres, después de la Ley Británica de 1967, llegó a ser algo así como “la meca” del aborto para muchas ciudadanas españolas y de otros países.”

117

IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO citaba el Informe mundial sobre el aborto de CRISTOPHER TIETZE (*Induced Abortion: A World Review*, 1983, 71) que en España había sido traducido y editado por el Ministerio de Cultura a través del Instituto de la Mujer en 1987, bajo el título de Informe mundial sobre el aborto (1987, 51); que ofrecía datos interesantes sobre los cambios en las fluctuaciones anuales de los abortos realizados en Inglaterra y Gales durante el período de 1968 a 1981 en mujeres no residentes agrupados por países, donde se puede apreciar como el

Por otra parte, las estadísticas dejaron claro que era escaso el número de delitos de aborto conocidos y juzgados por los tribunales penales. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ muestra que según la Memoria elevada al Gobierno por el Fiscal del Tribunal Supremo, durante el año 1975 se habían instruido en España por delito de aborto tan sólo 173 diligencias previas y 66 sumarios de urgencia, ordinarios y otros.¹¹⁸ Mientras en el año 1977 se constató la comisión de 77 delitos de aborto, por los cuales fueron condenadas 60 personas, ingresando en prisión a lo largo de ese año como penados 16 personas y encontrándose ya en prisión por este delito, a fecha 31 de diciembre del mismo año, 14 personas como penados y 7 personas como procesados.¹¹⁹ Un análisis rápido de estas referencias deja claro que en España existió una situación *de facto* donde las mujeres abortaban y los tribunales no perseguían esos delitos, no llegando ni al 1 por 100 el número de delitos de aborto conocidos y juzgados por los tribunales españoles, lo que convertía en ineficiente la pretendida protección de la vida del *nasciturus*, elevando al plano teórico e ideológico la punibilidad absoluta del aborto, convirtiéndolo en uno de los delitos que mayor cifra oscura representaba.

En definitiva, como se adelantaba antes, esta realidad social, unida a los importantes cambios políticos y sociales vividos en España a finales de los años 70, da lugar a un movimiento ciudadano que demandaba con urgencia la modificación de la regulación del aborto, reivindicando su adaptación a las exigencias propias del nuevo Estado Social y Democrático de Derecho y muy especialmente al contexto social, avanzando así en el camino hacia la despenalización parcial del aborto en España.

establecimiento de un estatuto liberal del aborto en el Estado de Nueva York en el año 1970 supuso una fuerte disminución de las cifras de las mujeres procedentes de Estados Unidos y de Canadá; en 1972, con la aparición de clínicas de aborto tolerado oficialmente en Holanda, se disminuía la afluencia de dicho país; y un año después sucedía lo mismo respecto a Bélgica y la República Federal Alemana; mientras los llegados de Francia alcanzaron una alta cota en 1973/1974, seguidos por un acentuado declive, aumentando en 1980, tras el intento francés de hacer más restrictiva la práctica del aborto: las mujeres italianas que abortaban descendía en 1980, mientras que las españolas e irlandesas continuaban llegando progresivamente. IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, La despenalización, 1992, 82.

¹¹⁸ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, REIS, núm. 1, 1978, 210.

¹¹⁹ Véase Estadísticas judiciales 1977, INE, 1979, 68, 77, 225, 228 y 231.

3. Las excepciones a la punición absoluta del aborto: aproximación jurisprudencial

Como hemos visto hasta ahora, durante la vigencia del sistema de prohibición absoluta del aborto en España, todos los casos de aborto provocado voluntariamente, sin excepción alguna, eran punibles (independientemente de la razón por la cual se llevaran a cabo), incluso aquel aborto que se había intentado producir en una mujer no embarazada, evidentemente sin tener conocimiento de que la mujer no estaba embarazada. No obstante, el aborto realizado para salvar la vida de la madre se consideró amparado por la eximente de estado de necesidad del art. 8, inciso 7º, del CP, constituyendo la única excepción a la punición absoluta del aborto en España durante la vigencia de dicho sistema.

Así, la interpretación jurisprudencial de la eximente de estado de necesidad, rechazó siempre la consideración de las indicaciones eugenésica, ética y social como supuestos amparados por la misma. Por la vía del estado de necesidad se resolvían sólo los casos en los que entraba en conflicto la vida del feto con la vida independiente de la madre, siendo innecesario en estos casos prever una indicación específica. Sin embargo, sí era necesaria una previsión delimitada en los demás supuestos donde la fórmula del estado de necesidad no revestía la amplitud del art. 8, inciso 7º, del CP y dejaba al descubierto los intereses de las mujeres embarazadas más allá de su vida o su salud física o psíquica.

En este sentido la STS de 29 de mayo de 1968, que ante un caso de aborto propio de la indicación social, donde la mujer embarazada ya era madre de 7 hijos y que se encontraba en precaria situación económica, declaraba que *“el estado de necesidad no puede en el aborto operar, ni como completo ni como incompleto, ni claro es, como circunstancia análoga, al faltar su base, en supuestos de aborto con móvil de situaciones simplemente precarias e incluso de miseria, ya que se trataría de un estado de subjetiva conveniencia por no existir un mal grave, inminente y efectivo que permitiera sacrificar a un “nasciturus”, no teniendo además mayor o igual entidad los bienes en pugna, ya que están desproporcionados a favor de la vida concebida y esperada, como lo estimó la doctrina de esta Sala en Sentencia de 9 de noviembre y 9 de diciembre de 1949, aseverando que la concepción no es en realidad un mal, ni tampoco el aumento de la familia, que de existir, puede asistirse institucionalmente.”*

Asimismo, la STS de 25 de enero de 1974, declaraba no haber lugar a recurso de casación, por no existir constancia de que el aborto se hubiera producido para salvar la vida de la paciente, en plan humanitario como decía el recurrente. Decía la Sentencia que, *“si así lo hubiera hecho la relación fáctica habría dejado constancia de la intención dada la importancia del extremo, intención que no se señala ni siquiera en el resultando tercero, cuando la defensa del recurrente pidió su absolucón, después de haber solicitado el Fiscal la condena por ánimo feticida del procesado que prestó cooperación necesaria para la realización final del delito, del cual el considerando segundo le consideró autor, con la agravante de precio (considerando tercero y aclaración final de la Sentencia), pues otra cosa muy distinta hubiera sido la actuación del procesado y su reseña en autos, si este hubiese tenido la intención de evitar el aborto y de mediar a efectos humanitarios por el estado de la mujer interesada, existiendo de modo notorio un delito de aborto, como el calificado en la sentencia impugnada, del cual ni siquiera por la defensa se alude en modo alguno a que el médico recurrente pensara, ni remotamente, en denunciar, como era su obligación, incluso en el caso de no haber cooperado al delito y haber procedido con fines humanitarios, como el motivo del recurso afirma; y todo esto, e incluso el hecho de haber cometido el delito con la agravante de precio, aunque se desconozca la cantidad dineraria a que ascendió (dato que podría ser muy interesante), determina que tenga que ser desestimado el recurso suscitado, a base de pretender hacer pasar como acción meritoria humanitaria lo que es simplemente un delito de aborto cometido por facultativo Médico por precio.”*

En último lugar, cabe señalar lo dispuesto por MUÑOZ CONDE sobre la interpretación jurisprudencial de la eximente 7ª del art. 8 del CP, esto es, que dicha interpretación jurisprudencial, rechazando siempre las indicaciones eugenésica, ética y social, ve en el art. 8.7 del CP una realización del principio de ponderación de bienes, sin tener en cuenta que la eximente de estado de necesidad más que una comparación de los males en juego, establece una “relación de adecuación” en la que lo concluyente es que abortar es el medio adecuado para evitar un mal mayor a los derechos de la mujer, entendiendo que esta interpretación supone admitir en esos casos una auténtica causa de justificación que convierte también en lícita la intervención de terceras personas.¹²⁰

120

Véase MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1982, 68 y sig.

4. La discusión doctrinal en torno a la prohibición absoluta del aborto

4.1. El estudio doctrinal de la justificación del aborto mediante la aplicación del estado de necesidad

La prohibición absoluta del aborto en el CP español, así como la interpretación jurisprudencial de la aplicación del estado de necesidad únicamente a efectos del aborto terapéutico, dieron pie al estudio doctrinal de la justificación del aborto mediante la aplicación del estado de necesidad más allá del aborto terapéutico, analizando ciertos supuestos en los que se podía hallar fácilmente una mujer a lo largo de su vida y en los que le resultaría necesaria la práctica de un aborto.

Se trataba de los casos más importantes de defensa del aborto no punible, al referirse a situaciones extremas planteados a partir de la colisión entre los intereses de la madre y del feto. Dichos supuestos eran: la indicación médica o terapéutica, por peligro grave para la vida o salud de la madre; la indicación embriopática o eugenésica, por malformaciones o enfermedades graves del feto; la indicación ética, donde el embarazo había sido producto de un delito de violación u otro delito sexual del que la mujer había sido víctima; y la indicación social, donde la mujer se veía imposibilitada a seguir adelante con el embarazo por razones personales, económicas o laborales.

La finalidad de este estudio doctrinal no era otro que determinar si en estos casos eran de aplicación los presupuestos del estado de necesidad, para justificar así el aborto y con ello la extinción de la responsabilidad.¹²¹ MUÑOZ CONDE, discurría que si bien en principio en torno al aborto eran aplicables las reglas generales de las causas de justificación, el embarazo admitía una serie de peculiaridades propias de la especial relación entre la embarazada y el feto, que debían tenerse en cuenta en materia de justificación, como la vinculación orgánica de ambos y la misión social de la mujer como fuente de vida futura.¹²²

121

Más adelante, el estudio doctrinal de las indicaciones, se realizó con el fin de determinar la idoneidad o no de las mismas, como parte del catálogo de supuestos de impunidad del aborto, de un posible modelo de indicaciones para la despenalización parcial del aborto en el Derecho español. Véase infra 1ª, II, 6, 8 y 9.

122

MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1982, 68.

En lo que respecta a la indicación médica, también conocida como aborto terapéutico, que comprende los casos de aborto motivado por la evitación de un grave peligro tanto para la vida como para la salud física o psíquica de la mujer embarazada, se consideraba que tal conducta estaría justificada, al tratarse de un supuesto en el que la diferenciación valorativa entre los dos bienes jurídicos en colisión era clara. Se entendía decididamente justificado el aborto, porque con él se salvaba o intentaba salvar la vida de la madre, un bien de mayor valor jurídico que la vida del feto.¹²³ En este supuesto, la diferencia valorativa entre ambos bienes, se reflejaba notoriamente en la propia legislación penal, al otorgar menor gravedad al aborto que al homicidio, teniendo en cuenta la valoración de sus penas, atendándose así el principio de ponderación de bienes jurídicos.¹²⁴ En este caso, se entendió correcta la aplicación de la eximente de estado de necesidad, permitiendo resolver satisfactoriamente, todos los casos en los que entraba en conflicto la vida del feto con la vida de la madre, considerando innecesario que el Derecho penal español recogiera una previsión especial al respecto. En consecuencia, quien ante un conflicto de intereses como el mencionado decidía sacrificar la vida de la madre para salvar la vida del feto, no se consideraba amparado por el estado de necesidad, como sí ocurría en el caso contrario.¹²⁵

La indicación eugenésica o embriopática, que comprende los casos en que el aborto tiene por finalidad evitar traer al mundo un ser al que previamente se le han diagnosticado graves taras o malformaciones, no fue considerado un supuesto amparado por la eximente del estado de necesidad, toda vez que el feto, aún en el caso que presente taras o deformidades, era considerado un ser dotado de vida humana dependiente, que al entrar en conflicto con los intereses de la madre, estaba siempre por encima de estos y no podía ser sacrificado por un fin puramente eugénico.¹²⁶ En consecuencia, no se entendía

¹²³ En este sentido MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1982, 68.

¹²⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 1983, 83: "Respecto a la aplicación del estado de necesidad (art. 8, 7ª), hay que tener presente que para la ley es mucho más valiosa la vida humana independiente que la vida de un feto. Esta diferente valoración se traduce en penas mucho menores para los delitos de aborto que para los que el Código llama de homicidio."

¹²⁵ En este sentido RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 1983, 83.

¹²⁶ Véase MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1982, 68.

que existiera en estos casos un estado de necesidad propiamente dicho, de manera que este hecho sería siempre punible.¹²⁷

La indicación ética, que comprende los casos en que el embarazo había sido consecuencia de un delito contra la honestidad de la mujer, como la violación, buscando la interrupción del embarazo para evitar el fruto de ese delito, salvando así los intereses de la madre, por encima de la vida del feto,¹²⁸ tampoco se consideraba una conducta justificada al tenor del estado genérico de necesidad, porque se razonaba que la vida del feto era un bien jurídico de valor superior a cualquier interés de la embarazada, diferente a su vida o a su salud.¹²⁹ Así, el art. 412 del CP, que castigó el aborto “*honoris causa*”, más allá de justificar este supuesto, lo castigó, aunque rebajando la pena, teniendo en cuenta la situación de la mujer, pero nunca declarando el aborto impune en dicho supuesto. Al respecto, RODRÍGUEZ DEVESA decía que ninguna indicación recibía tratamiento singularizado en el Derecho español, con excepción del aborto “*honoris causa*.”¹³⁰

Y por último, respecto a la indicación social, que aludía a motivos sociales o económicos de la embarazada para no poder seguir adelante con el embarazo, por ejemplo, el caso de una mujer que se habiéndose quedado embarazada ya contaba con un gran número de hijos anteriores o asimismo el caso de una mujer que se había quedado embarazada justo cuando atravesaba una mala situación personal o cuando no tenía trabajo o vivienda, tampoco se consideraba justificado por la eximente del estado de necesidad ni por el principio de ponderación de intereses, puesto que la vida del feto, al igual que en los dos supuestos anteriores, era estimada como un bien jurídico de mayor valor que cualquier mala situación económica, social o personal de la embarazada.

4.2. La necesidad de despenalizar el aborto: modelos alternativos

A partir de las consideraciones político criminales anteriores, la doctrina mayoritaria concluye que la prohibición absoluta del aborto causa más perjuicios que beneficios,

¹²⁷ RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 1983, 83: “Admitir la licitud de la destrucción de la vida humana en tales casos conduce abiertamente a permitir la muerte de quien adquiere dicha tara al momento del parto. v. ¿por qué no?, a quienes la contraen a lo largo de su vida por causa de un accidente, una enfermedad o el simple deterioro senil.”

¹²⁸ MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1982, 68.

¹²⁹ Cfr. MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1982, 68.

¹³⁰ En este sentido RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 1983, 82.

resultando necesaria la despenalización del aborto voluntario en España. Verdaderamente, las opiniones a favor de la despenalización del aborto no ponían en tela de juicio la vida humana en formación como bien jurídico merecedor de protección jurídico-penal. Lo que discutían era si valorando los bienes jurídicos en conflicto merecía la pena conservar una prohibición absoluta de la interrupción del embarazo que en la práctica no se aplicaba, a cambio del elevado precio que comportaba el aborto clandestino para la vida y la salud, por daños muchas veces irreparables de numerosas mujeres.¹³¹

BUSTOS RAMÍREZ señala que planteado el problema desde la perspectiva criminológica y político-criminal, había que reconocer que la prohibición absoluta del aborto provocaba un conflicto con consecuencias más graves y dañinas socialmente que una consideración flexible en esta materia, debiendo admitirse, inevitablemente, la preponderancia de la posición de la mujer en dicho conflicto, tanto porque ella era una persona, como porque la vida del embrión o feto era dependiente de su vida, y asimismo, por el hecho de que sólo ella podía entrar en consideración como sujeto pasivo y víctima de este delito (sin perjuicio que el objeto material sea el feto o embrión).¹³²

MUÑOZ CONDE defendía la urgencia de la despenalización del aborto provocado con el consentimiento de la mujer, objetando que la clandestinidad muchas veces supone que el aborto se lleve a cabo en condiciones higiénicas y médicas deplorables o por personas no cualificadas, con el consiguiente alto riesgo para la mujer que muchas veces paga con su vida o su salud la decisión dramática de abortar. Asimismo, fundamentaba que la prohibición penal del aborto, sólo rige para las mujeres de escaso nivel económico o cultural, en tanto la legalidad del mismo en la mayoría de los países europeos permite que cualquier mujer con dinero e información suficiente pueda ir a cualquiera de estos países a abortar legalmente y en perfectas condiciones médicas.¹³³

Acertadamente, HUERTA TOCILDO defendía que el aborto consentido por la propia mujer embarazada no siempre era un hecho desvalorado, lo que se justificaba invitando a darle una simple ojeada a las regulaciones legales del aborto de los países europeos, e

¹³¹ Véase MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1982, 64 y sigs.; RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 1983, 94 y sigs.; BUSTOS RAMÍREZ, DP, PE, 1986, 57; y RODRÍGUEZ RAMOS, DP, PE, 1985, 23.

¹³² En este sentido BUSTOS RAMÍREZ, DP, PE, 1986, 57.

¹³³ MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1982, 64.

incluso a la propia legislación española, en tanto el legislador ya había optado por establecer penas menores para las modalidades de aborto donde mediaba consentimiento de la mujer o para el aborto producido por ella misma.¹³⁴

Desde otro punto de vista, resultaba muy interesante el razonamiento que mostraba RODRÍGUEZ DEVESA entre los argumentos fundamentales que decía se manejaban a la hora de apoyar la liberalización del aborto: “la posibilidad, por parte de la mujer embarazada que deseaba abortar, de poder consultar abiertamente su problema, permitiéndole romper con el aislamiento en que se encontraba, y hacerla acaso volver sobre su resolución.”¹³⁵

Así las cosas, resultaba coherente la postura unánime de la doctrina mayoritaria que abogaba por la necesidad de reformar urgentemente el aborto en España, de modo que se dejara atrás el sistema implacable de prohibición absoluta del aborto, que a pesar de su represión no era capaz de evitar la realización de interrupciones del embarazo marcadas por horribles consecuencias sociales propias de su clandestinidad, y con ello, el desprecio absoluto a los derechos de las mujeres embarazadas.

Ahora bien, el acuerdo doctrinal sobre la necesaria despenalización del aborto en España no convenía la fórmula de realizar esa despenalización, pues con la argumentación político-criminal únicamente se podía concluir la urgencia de despenalizar el aborto. El verdadero problema al que ahora se enfrentaba España era justamente cómo realizar esa despenalización, y en particular, qué opción despenalizadora adoptar entre el sistema de indicaciones o el sistema del plazo.¹³⁶

En cualquier caso resultaba preciso establecer los derechos e intereses en conflicto para valorar la capacidad de protección que poseía cada uno de los posibles modelos

¹³⁴ Véase HUERTA TOCILDO, en Mir Editor, La despenalización del aborto, 1983, 10. En un sentido similar véase MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1982, 62 y sigs.

¹³⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 1983, 94.

¹³⁶ En este sentido ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 195.

despenalizadores sobre los bienes en cuestión, sin obviar que este problema no era una cuestión de política-criminal, sino más bien un asunto de carácter constitucional.¹³⁷

Positivamente, la experiencia de otros países que habían abordado ya la despenalización del aborto hacía algunos años, serviría como referente para España para su despenalización del aborto. Aquella experiencia dejaba claro que fueron los procesos seguidos ante los órganos constitucionales de los distintos países y las sentencias de estos, los que determinaron de modo más o menos consecuente el sistema de despenalización a adoptar por cada uno de ellos. Seguramente porque la argumentación constitucional permite establecer los términos y límites de la decisión despenalizadora del legislador, la cual en definitiva se debe adecuar a los principios constitucionales de cada constitución, independientemente de que la concreción del modelo se realice conforme a criterios de política social y de política-criminal.¹³⁸ En definitiva, el legislador español debía

137

ARROYO ZAPATERO consideraba que la argumentación constitucional permitía establecer los límites, máximos y mínimos, de la decisión del legislador, pero su concreción debía realizarse conforme a los criterios de política social y de política criminal. No obstante, decía que la argumentación político-criminal que postulaba la despenalización, por haber comprobado que la prohibición penal absoluta del aborto causaba más daños que bienes proporcionaba, era suficiente por sí sola para incidir en el proceso legislativo, pues también el de la "racionalidad" es un principio fundamental del ordenamiento constitucional, en virtud del cual al legislador de un Estado social y democrático de Derecho le está vetado imponer a los ciudadanos sufrimientos innecesarios, tanto más cuando los mismos sean de todo punto ineficaces, como ha sucedido en el curso de la prohibición penal absoluta de la interrupción voluntaria del embarazo. ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 222.

138

Por ejemplo en Estados Unidos el modelo de despenalización del aborto se perfila a través de Sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos de 22 de enero de 1973, concernientes a los casos Roe versus Wade y Doe versus Bolton. En Francia, fue la decisión del Consejo Constitucional francés de 15 de enero de 1975, la que determinó que la ley relativa a la interrupción voluntaria del embarazo (cuyo texto definitivo fue aprobado por ambas cámaras el día 20 de diciembre de 1974) no era contraria a la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958, promulgándose en consecuencia la Ley 75-17, de 17 de enero de 1975, que despenalizó el aborto hasta la décima semana. En Alemania, fue la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, BVerfGE 39, 1, de 25 de febrero de 1975, la que declaró inconstitucional la ley de plazos. En Italia, la Sentencia de la Corte Constitucional italiana número 27/1975, de 18 de febrero, supuso el primer paso para el reconocimiento del aborto como derecho, ampliándose las hipótesis en que podía exigir el estado de necesidad como causa de exclusión de la pena. Y en Austria, fue la Sentencia G. 8/74, de 11 de octubre, de la Corte Constitucional, la que confirmó la constitucionalidad del sistema despenalizador establecido por la Ley Federal de 23 de enero de 1974, que modificó las secciones 96, 97 y 98 del CP (relativas al aborto). Este Tribunal sostuvo que la despenalización del aborto en el primer trimestre de embarazo no violaba la Constitución de Austria ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos (con rango de norma constitucional en Austria), toda vez que las disposiciones de la Constitución austriaca sobre la protección de la vida humana se referían sólo a la acción por parte de las autoridades públicas, y porque el artículo 2, párrafo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativo al derecho de toda persona a la vida, no debía ser interpretado

adecuar los términos de su decisión despenalizadora a los principios constitucionales de España, independientemente de que la concreción del modelo la realizase de acuerdo a razones sociales o de política-criminal.

Como veremos más adelante, en este punto tuvo lugar una importante discusión doctrinal que procuraba precisar si el *nasciturus* era titular del derecho fundamental a la vida regulado en el art. 15 de la CE, o si por el contrario se le debía considerar un bien jurídico merecedor de protección, o si sencillamente se le debía ofrecer la protección derivada de la que ya gozaba la propia mujer embarazada.¹³⁹ Indudablemente, si el aborto hubiese sido regulado explícitamente por la CE este debate constitucional no hubiese existido. Pero la falta de determinación constitucional suponía que la decisión del legislador sobre la forma de despenalizar este delito debiera ajustarse a los principios constitucionales derivados de la Constitución española, cumpliendo así las exigencias constitucionales.

Los sistemas alternativos a la prohibición absoluta del aborto, mediante los cuales se podía despenalizar este delito, eran las fórmulas fundamentales con que contaba el legislador para resolver, o al menos superar, el conflicto entre bienes jurídicos que surgía en torno al aborto, dando así recepción al mismo en el Derecho español. Dichos sistemas eran, el sistema de indicaciones y el sistema del plazo.¹⁴⁰

a) El sistema de indicaciones

El sistema de indicaciones prohíbe el aborto durante todas las etapas del embarazo, salvo en ciertos supuestos, expresamente definidos en la ley, denominados indicaciones. Las indicaciones recogen situaciones fácticas muy específicas, donde la vida del *nasciturus* entra en conflicto con los intereses de la mujer embarazada, a los que el Derecho concede preferencia a partir de una estricta ponderación de los bienes jurídicos en conflicto. BUSTOS RAMÍREZ creía que el problema de este sistema residía justamente

como la protección del embrión. Apoyando así el aborto completamente libre, durante las primeras 12 semanas mediante el sistema del plazo con asesoramiento. Después de las 12 semanas, los abortos podían ser realizados si existía una amenaza para la salud física o mental de la madre, un problema incurable en el desarrollo del feto, o si la embarazada era menor de 14 años. Véase infra 2ª, I y II.

¹³⁹ Véase infra 1ª, I, 4.3.

¹⁴⁰ El objeto aquí es exponer las características fundamentales de cada sistema alternativo y las consideraciones doctrinales más relevantes.

en que los casos de aborto impune, contemplados por las indicaciones, no solucionaban el problema real del aborto, sino que simplemente consideraban situaciones extremas que no debían ofrecer nunca duda desde la perspectiva del estado de necesidad.¹⁴¹ Efectivamente, este sistema no resuelve la mayoría de los supuestos de conflicto entre bienes jurídicos protegidos que se generan en torno al aborto, condenando a la clandestinidad a casi la totalidad de las intervenciones abortivas que quedan fuera del catálogo de las indicaciones.

La característica más importante de este sistema, es el carácter tasado y excepcional de los supuestos de impunidad del aborto, de manera que la interrupción del embarazo sólo está permitida si en el caso concreto están presentes todos y cada uno de los componentes del conflicto y los requisitos que la ley expresamente haya definido para cada supuesto de impunidad. Por esta razón, BUSTOS RAMÍREZ exponía que sólo cuando la voluntad de la madre va acompañada de circunstancias muy específicas se le puede considerar como preponderante, de manera que ella no basta por sí sola nunca.¹⁴²

Dependiendo de la amplitud del listado de supuestos de aborto impune, el sistema de indicaciones se considera en sentido amplio o en sentido restringido. Normalmente, aquél que incluye la indicación social es considerado un sistema de indicaciones en sentido amplio.

La indicación terapéutica o médica, comprende los casos de grave peligro para la vida o la salud (física y/o mental) de la mujer embarazada; la indicación eugenésica o embriopática, alcanza los supuestos de diagnóstico de posibles anomalías o malformaciones graves del feto incluida la inviabilidad fetal; la indicación ética recoge situaciones de embarazos a consecuencia de un delito de violación u otros delitos sexuales; y la indicación social concierne a motivos personales, sociales o económicos de la embarazada, que la imposibilitan a seguir adelante con el embarazo.

Otra característica habitual del sistema puro de indicaciones es que un tercero tiene la función de evaluar y certificar la efectiva presencia del supuesto de aborto impune, siendo quien decide si en un caso concreto concurren o no todas las circunstancias que configuran el conflicto definido en la ley como base de la indicación. Dicho tercero puede

¹⁴¹ BUSTOS RAMÍREZ, DP, PE, 1986, 57.

¹⁴² BUSTOS RAMÍREZ, DP, PE, 1986, 57 y sig.

ser un juez, un médico, una comisión de especialistas u otro órgano creado al efecto para ejercer esta labor.

La reserva de la autorización o decisión final sobre el aborto a terceras personas, pretende evitar la práctica de interrupciones del embarazo ilegales o decididas a la ligera. Positivamente se ha considerado innecesario el control de dichos extremos mediante este recurso, pudiendo evitar buena parte de los supuestos de ligereza en la decisión sobre el aborto, a través de la información y el asesoramiento a la mujer solicitante, máxime teniendo en cuenta que estudios psicológicos demuestran que en la gran mayoría de los casos la decisión de abortar va acompañada de trágicas vivencias personales, como la desesperación, el miedo, el dolor, la desilusión y el desmoronamiento personal, y no de la frivolidad por parte de la madre.¹⁴³

Asimismo, se ha considerado que la decisión última sobre el aborto en manos de un tercero, vulnera el derecho a la intimidad de la mujer embarazada, pues para que el tercero pueda determinar si en un caso concreto se dan o no todos los requisitos que conforman la indicación en la que se ampara el aborto, debe investigar el entorno personal, social y económico de la madre, efectuando una auténtica intromisión en su esfera más íntima (en torno a sus deseos, sentimientos, perspectivas de futuro y afectos personales), hasta el punto que su decisión final se basaría incluso en opiniones de terceras personas del entorno de la mujer que no tienen por que ser fiables, pero que sí influyen de lleno en la decisión última del tercero sobre la autorización del aborto. Así, el sistema de indicaciones, incluso en sentido amplio, vulneraría el derecho a la intimidad de la mujer si la decisión última sobre el aborto reside en un tercero. Este es el caso del sistema alemán de indicaciones en sentido amplio, establecido por el legislador alemán en 1976 (como alternativa al sistema del plazo que el Tribunal Constitucional había rechazado el año anterior),¹⁴⁴ que si bien presentaba un catálogo muy amplio de

143

Resulta muy interesante las consideraciones realizadas por ARROYO ZAPATERO, quien por un lado entendía que buena parte de los supuestos de ligereza en la decisión sobre el aborto podían ser evitados a través de la información y el asesoramiento a la mujer solicitante, sin que dejara de ser una grave inconsecuencia el obliar a tener un hijo, precisamente, a las mujeres inconscientes o frívolas; y por otro lado, hacía alusión al estudio psicológico de Rolinsky, sobre la mujer ante el embarazo no deseado, que llegaba a la conclusión de que apenas se encuentra una historia clínica que no contenga referencias a trágicas vivencias personales, como la desesperación, el miedo, el dolor, la desilusión y el desmoronamiento personal en torno al aborto. Véase, ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 219 y n. 62.

144

Véase infra 2ª, I, 1.

indicaciones (médica, eugenésica, criminológica y social, esta última referida a un estado general de necesidad), donde el aborto incluso podía realizarse dentro de las 12 primeras semanas de gestación, dejaba en manos de un tercero la decisión última acerca de la interrupción del embarazo, quien estaba llamado por la ley a dictaminar si concurrían o no las condiciones legales propias de cada indicación.¹⁴⁵

En conclusión, el sistema puro de indicaciones no tiene en consideración los derechos fundamentales de la madre, en tanto no concede a la mujer embarazada ninguna posibilidad en los supuestos de embarazo no deseado no contemplados en el respectivo catálogo de indicaciones. Igualmente, no respeta la intimidad de la mujer cuando otorga a un tercero la decisión última sobre el aborto, debiendo indagar en la esfera más íntima de la mujer, para constatar las circunstancias que dan origen al conflicto propio de la indicación sobre todo en los supuestos de las indicaciones socioeconómicas o terapéutica. Por ende, dicho sistema no respeta el contenido esencial de los derechos fundamentales de la mujer embarazada, en tanto siguen siendo sacrificados durante toda la duración del conflicto, más allá de las indicaciones, o al otorgar la decisión última sobre el aborto a un tercero.¹⁴⁶

145

ARROYO ZAPATERO considera que el sistema de indicaciones en sentido amplio, establecido por el legislador alemán en 1976 como alternativa al sistema del plazo que el Tribunal constitucional había rechazado el año anterior, no superaba el juicio de constitucionalidad, no tanto por el catálogo de las indicaciones (médica, eugenésica, criminológica y social), sino por el hecho de que quien decidía en última instancia acerca de la interrupción del embarazo no era la mujer, sino un tercero que estaba llamado por la ley a dictaminar si concurrían o no las condiciones legales propias de cada indicación. ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 218 v. sig.: "Sobre lo que el médico dictamina no es algo objetivo, por ejemplo, si, para evitar la pérdida de la vida o un daño de salud, aparece científicamente como necesario el interrumpir el embarazo. Por el contrario, el médico es situado por la ley en un plano subjetivo, en el plano de la conciencia individual de la mujer, pues lo que ha de decir es lo siguiente: a) Si el peligro para la vida o la salud puede ser evitado por otro medio distinto del aborto que él considere exigible a la mujer (§ 218a, I). b) Si, en el supuesto de descubrimiento de posibles anomalías fetales, consideraba exigible a la mujer, que continúe el embarazo y cargue con un hijo que adolecerá de deficiencias en su salud (§ 218a, II, 1 y 2). c) Si estima que, en el estado de necesidad de carácter social que en su caso sufra la mujer, es exigible a la misma el que continúe con el embarazo (§ 218a, II, 3)." "(...) El sistema de indicaciones con decisión del médico no es compatible con la idea de hombre propia de la Constitución."

146

Cabe citar aquí el sistema de despenalización de la Ley italiana de 1978, que en virtud de la especial combinación de las indicaciones y la libre decisión de la mujer, otorga a la mujer embarazada la función de valorar la situación de conflicto y constatar la existencia de los presupuestos de la autorización durante los primeros 90 días del embarazo. Véase infra 2ª, I, 5.3. ARROYO ZAPATERO entiende que el sistema de despenalización de la Ley italiana de 1978 sí respeta plenamente la libertad y la intimidad de la mujer durante el período inicial de impunidad,

b) El sistema del plazo

El sistema del plazo establece la impunidad de todo aborto realizado durante la fase inicial del embarazo (generalmente durante los 3 primeros meses de gestación), siempre y cuando sea la mujer embarazada la que lo solicite de manera libre y voluntaria. Durante el plazo inicial de libre disposición para abortar, la libertad de la mujer es ciertamente superior a la vida humana en formación, toda vez que esta puede decidir de manera libre y en su intimidad, si interrumpe o continúa el embarazo.

El plazo de impunidad suele ajustarse a los 3 primeros meses de embarazo por razones biológicas, sociológicas, sanitarias y de política criminal, porque es a partir de los 3 meses de gestación cuando el embrión se convierte en feto y la vida humana en formación adquiere mayor viabilidad, asimismo, porque superado este plazo, la práctica del aborto supone un grado de riesgo elevado para la salud o la vida de la mujer embarazada.¹⁴⁷

ARROYO ZAPATERO consideró admisible una discusión sobre el plazo inicial de impunidad, en orden a su ampliación, en consecuencia del descubrimiento de sistemas o

en virtud de la indicada combinación de las indicaciones y la libre decisión de la mujer, esto es, que aún basado en criterios de indicaciones otorga a la mujer embarazada la función de valorar la situación de conflicto y constatar la existencia de los presupuestos de la autorización durante los primeros 90 días del embarazo. Véase ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 222.

147

BUSTOS RAMÍREZ, DP. PE. 1986. 58: "Se fija este término, porque en el período posterior el embrión pasa a ser feto, lo que implica que para practicar correctamente el aborto sea necesario provocar el parto, lo que puede tener consecuencias sobre la salud y la vida de la madre." En el mismo sentido, ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 221, n. 67 y n. 68: "Alrededor de los tres meses del embarazo culmina el período embrionario de la vida humana en formación y se da comienzo a la fase fetal. Con independencia de las tesis biológicas acerca del desarrollo ininterrumpido y sin cambios (biológicamente) cuantitativos, ambas fases merecen una consideración antropológica diferenciada. Por otra parte, a partir de los tres primeros meses la intervención abortiva lleva consigo un grado elevado de riesgo para la mujer. Por último, se considera que el plazo de los tres meses permite suficientemente a la mujer detectar su estado y adoptar una decisión para resolver el conflicto en el que se puede encontrar." "Su restricción no es aconsejable desde ninguno de estos puntos de vista, pero, por el contrario, es admisible una discusión del mismo en orden a su ampliación, por ejemplo, como consecuencia del descubrimiento de sistemas o medios de interrupción del embarazo (por ejemplo, la prostaglandina), cuya aplicación en el segundo trimestre no supone la elevación del riesgo médico que acompaña a los medios abortivos hasta ahora disponibles en este período del embarazo." "Estimo que el margen de decisión del legislador se agota alrededor del sexto mes, momento en el que el feto alcanza la viabilidad, la capacidad de vida independiente, la posibilidad actual de ser miembro de la comunidad. En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo de Estados Unidos, Cfr. Roe versus Wade, X, en L'aborto..., cit., 33-34; véase, también RÜPKE, Schwangerschaftsabbruch und Grundgesetz, cit., 176."

medios de aborto, como la prostaglandina, cuya aplicación en el segundo trimestre del embarazo no suponía la elevación del riesgo médico que acompañaba a los medios abortivos hasta aquél momento conocidos, estimando que el margen de decisión del legislador se agotaba alrededor del sexto mes, momento en el que el feto alcanza la viabilidad o capacidad de vida independiente.¹⁴⁸

Al tenor de este sistema, con posterioridad al plazo inicial de libre disposición para abortar, la madre sólo puede interrumpir el embarazo cuando se dé una indicación precisa o cuando exista un nuevo interés, que añadido a la libertad de la mujer, implique que el mal que se provoca con el aborto sea menor que el que se trata de evitar.¹⁴⁹ De este modo, a continuación del plazo de impunidad, vuelve a ser superior la protección que se otorga a la vida humana en formación, de manera que la libertad de la madre ya no es suficiente para preferirse ante la vida del *nasciturus*. Lo que se busca para entonces, es un mal menor, protegiendo la vida en formación y la propia vida y salud de la mujer, por encima de la libertad y de los demás derechos fundamentales de la madre: Se protege así, como se ha indicado anteriormente, a la mujer embarazada del peligro que crea para ella la ejecución de un aborto durante un período avanzado de embarazo, y a la vida humana en formación, que ya ha adquirido mayor viabilidad.

Por ende, la característica más importante del sistema del plazo es la preferencia absoluta que se concede al derecho de autodeterminación de la mujer embarazada frente a la vida del embrión durante el período inicial del embarazo.¹⁵⁰

Este modelo protege todos los bienes jurídicos en conflicto, sin llegar a sacrificar ninguno de ellos durante toda la duración del conflicto. Para ello, otorga diferente valor y prevalencia a unos u otros bienes jurídicos en conflicto, según se esté en el período de libre disposición de los 3 primeros meses, o en el período posterior al mismo. Claramente lo explica ARROYO ZAPATERO, apuntando que en el sistema del plazo, la ponderación de bienes jurídicos y el principio de optimización de los mismos, permiten a través de la diferenciación temporal, que ninguno de los bienes jurídicos en conflicto sea sacrificado *in*

148 ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 221 y n. 68.

149 Véase BUSTOS RAMÍREZ, DP, PE, 1986, 58.

150 En este sentido LAURENZO COPELLO, El aborto, 2005, 41.

totum a favor de otro, y de este modo el legislador logra acomodar su decisión a las exigencias constitucionales.¹⁵¹

Desde un punto de vista político-criminal, se considera que el sistema del plazo resuelve adecuadamente el problema real del aborto, en tanto la libertad de la mujer, hasta los 3 meses de embarazo, prima en relación a la vida del embrión. En este sentido BUSTOS RAMÍREZ, al indicar que “en el sistema del plazo se considera que la libertad de la madre, hasta los 3 meses, prima en relación a la vida del embrión, con lo cual se considera en sus justos términos un sopesamiento de ambos bienes jurídicos (ciertamente superior la libertad de la madre) y se resuelve adecuadamente el problema real del aborto”.¹⁵²

La principal crítica al sistema del plazo en España, se realizaba con base en la teoría del derecho a la vida, que consideraba al *nasciturus* incluido en el término “todos” del art. 15 de la CE.¹⁵³ Así, los detractores de este sistema se cegaron en considerarlo contrario a la CE, por entender al *nasciturus* incluido en el término “todos” (“todos tienen derecho a la vida”), sin ofrecer argumentos sólidos jurídicamente que defendieran su postura más allá de esta simple consideración. En este sentido RODRÍGUEZ DEVESA, quien afirmaba que la política criminal a seguir en España tenía por techo el art. 15 de la CE, que rotundamente afirma que “todos tienen derecho a la vida”.¹⁵⁴

En sentido contrario, la mayoría de penalistas españoles, tanto antes como después de la STC 53/1985, habían considerando el sistema del plazo conforme con la CE.¹⁵⁵

ARROYO ZAPATERO señalaba que de todos los sistemas de despenalización del aborto que se conocían, el único que respetaba el contenido esencial de los derechos fundamentales de la mujer era el sistema del plazo, que durante los primeros 3 meses de

151 ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 221.

152 BUSTOS RAMÍREZ, DP, PE, 1986, 58.

153 Véase infra 1ª, I, 4.3, a).

154 Véase RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 1983, 97; y CEREZO MIR, Problemas Fundamentales del Derecho Penal, 1982, 125 y sigs.

155 En este sentido BUSTOS RAMÍREZ, DP, PE, 1986, 58 y sig.; BAJO FERNÁNDEZ, DP, PE, 1986, 117; y VIVES ANTÓN, DP, PE, 1988, 556.

embarazo autorizaba a la mujer a decidir libremente la interrupción de la gestación en su intimidad.¹⁵⁶

BUSTOS RAMÍREZ creía que no existía argumento constitucional alguno en contra de este sistema, puesto que no se trataba de un desconocimiento del derecho a la vida, ni de la vida como bien jurídico protegido, problema propio de la tipicidad, sino que se trataba de la resolución de una situación de conflicto, cuestión a debatir en la antijuricidad.¹⁵⁷

En mi opinión, efectivamente el sistema del plazo es el único que permite a la mujer el ejercicio de sus derechos fundamentales al menos en algún momento del conflicto, sin limitar el recurso al aborto a supuestos básicos de extrema necesidad que no deben ser objeto de discusión como casos de aborto legal indicado.

4.3. El conflicto subyacente en torno a la constitucionalidad de la despenalización del aborto prohibido

Como he manifestado anteriormente, además del debate político-criminal sobre la prohibición absoluta del aborto, que concluyó la necesidad de despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo, doctrinalmente tuvo lugar una discusión de carácter constitucional, que procuraba determinar los límites, mínimos y máximos, del sistema de despenalización del aborto a adoptar en España, encaminando los problemas constitucionales que podía generar la falta de pronunciamiento sobre este tema por el ordenamiento constitucional español, sin dejar de lado las consideraciones de política-criminal, que en definitiva, determinarían los términos del modelo a elegir.

Este debate, intentaba precisar si el *nasciturus* era titular del derecho fundamental a la vida regulado en el art. 15 de la CE, o si por el contrario se le debía considerar un bien jurídico merecedor de protección, o si sencillamente se le debía ofrecer la protección derivada de la que ya gozaba la propia mujer embarazada.

¹⁵⁶ El respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales de la mujer, existe cuando, al menos en algún momento del conflicto (período de libre disposición), se facilita la realización de dichos derechos, autorizando su ejercicio. Véase ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 217 y 221.

¹⁵⁷ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, DP, PE, 1986, 58.

a) El *nasciturus* como titular del derecho fundamental a la vida

El art. 15 de la CE, regula el derecho fundamental a la vida, estableciendo que “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral”.

La CE no hace ninguna mención sobre quiénes están incluidos en la expresión “todos” utilizada por el art. 15, y particularmente, si el *nasciturus* está contenido en la misma. Esta cuestión genera una amplia discusión doctrinal, en la que los partidarios de atribuir al *nasciturus* el derecho a la vida, defienden que el término empleado por el art. 15 es el de “todos” y no el de “personas”.

Así nace la tesis del “derecho a la vida”, que consideraba a nacidos y no nacidos como valores iguales (vida humana), pretendiendo para ambos la protección del Derecho de igual manera.¹⁵⁸

Según esta teoría, el término “todos” hacía referencia a todos los seres humanos vivos, debiendo entenderse como tales a todos los seres humanos desde el momento de la concepción hasta el momento de su muerte. RODRÍGUEZ DEVESA, entendía que existían dos posibles interpretaciones sobre quienes estaban incluidos en el término “todos” del art. 15, que debían rechazarse por conducir al absurdo. Una, la de que se refería a la vida de las personas, toda vez que significaría dejar inerte al recién nacido antes de transcurrir las 24 horas necesarias, según el art. 30 del CC, para adquirir la personalidad; otra, la de que se trata de proteger a cualquier ser dotado de vida, porque extender el derecho a la vida a todos los seres implicaría reducir la dieta humana a alimentos químicos, porque hasta los vegetales tienen vida. No habiendo otra salida que entender que la CE habla de la vida de los seres humanos en el sentido biológico de la palabra, y ésta comienza, sin lugar a dudas, con la fecundación del óvulo y concluye con la muerte.

159

Ciertos argumentos con los que se defendía esta tesis, habían sido utilizados ante los órganos constitucionales de otros países, para defender la anticonstitucionalidad de la

158

Sobre la tesis del “derecho a la vida” y su examen crítico, véase ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 198-209.

159

Al respecto RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 1983, 97.

despenalización del aborto, y más tarde, serían alegados por el PP ante el TC español.¹⁶⁰ Algunos de estos argumentos son:

- La interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales debe ofrecer la mayor eficacia protectora posible y una protección completa a la existencia humana frente a cualquier intervención abusiva del Estado, debiendo comprender también el período previo al nacimiento.
- Existe vida humana desde el momento de la concepción, desde que se forma el cigoto a partir de la unión de los cromosomas masculinos y femeninos (conforme a los datos de la biología), y a partir de ese momento, se dan todos los presupuestos necesarios para que tenga lugar el proceso del desarrollo continuo de la vida, que iba a encontrar su término en el nacimiento.
- En la norma reguladora del derecho fundamental a la vida se debe incluir también la vida previa al nacimiento, tomando como punto de partida el momento de la concepción, considerando injustificado biológicamente e ilegítimo, establecer distinciones en el proceso de gestación, levantando la prohibición del aborto o renunciando a la defensa de la vida en período alguno del embarazo. El no nacido, desde la concepción, es titular del derecho a la vida, el cual, como derecho fundamental, es de orden absoluto¹⁶¹ y, por su carácter primordial, no admite ataques ni por parte del Estado ni por parte de los particulares, incluida entre ellos,

160

Al respecto ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 198, n. 9.

161

Sobre la trascendencia que supone para esta tesis, la posición del valor de la vida del no nacido, como único derecho fundamental con pretensión absoluta, véase ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 200 y sig.: "(...) así como todos los demás son mensurables -se puede ser más o menos libre, la intimidad puede haber sido dañada en mayor o menor grado, el menoscabo de la salud puede ser mayor o menor, etc.- el de la vida no es graduable: no se vive más o menos, sino que se está vivo o se está muerto. Todos los demás derechos fundamentales son regulables, en el sentido del artículo 53.1" "(...) Por el contrario, en relación al derecho a la vida, el legislador no tiene el más mínimo margen de maniobra, pues los límites máximos del mismo coinciden con su "contenido esencial". Así, por ejemplo, el legislador no podría establecer restricciones al derecho a la vida de los recién nacidos -autorización de matar- a favor del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres o al de los enfermos en beneficio de la libertad de los familiares, etc. La única limitación del derecho a la vida por parte del Estado, además de la expresamente prevista en el artículo 15, se produce en los supuestos de conflicto entre dos vidas, autorización de privar o no de la vida en caso de legítima defensa y de estado de necesidad justificante)."

la propia mujer embarazada, pudiendo solamente ceder a esa protección en los supuestos de conflicto con otra vida.¹⁶²

- El Estado está obligado a defender frente a todos la vida del no nacido, puesto que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II, del Título I, de la CE, vinculan a todos los poderes públicos (art. 53.1 CE) y los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la CE (art. 9.1 CE).¹⁶³
- El deber de protección del Estado se plasma en varias exigencias, en primer lugar, en la prohibición al mismo Estado de realizar cualquier intervención tendente al menoscabo o lesión de la vida de los no nacidos; en segundo lugar, en la prohibición de dictar leyes que permitan la muerte voluntaria de los no nacidos (como sería el caso del aborto); y en tercer lugar, en la exigencia de que se castigue y persiga criminalmente toda conducta de este carácter, del mismo modo que se hacía con los homicidios.
- Cualquier ley que autorice la interrupción voluntariamente del embarazo, y en su virtud, “a matar a un ser humano”, será inconstitucional por violar el mandato de prohibición recogido en el art. 15 de la CE.¹⁶⁴

Ciertamente se trataba de una tesis absolutista, que ofrecía una única solución posible: que nacidos y no nacidos recibieran el mismo tratamiento protector por el Derecho y el Estado. Por tanto, todo aborto voluntario era punible (cualquier destrucción dolosa o culposa de la vida del feto era delictiva), salvo cuando fuese el único medio para evitar la muerte de la madre, dejando fuera de la esfera de supuestos legítimos, cualquier peligro “no inmediato” para la vida de la mujer embarazada y todo tipo de daño para la salud de la misma, lo que inevitablemente suponía salvaguardar el sistema de prohibición absoluta del aborto (a pesar de las negativas consecuencias jurídico-sociales que habían dejado clara la necesidad de despenalizar el aborto voluntario como mínimo en ciertos casos).

162

En este sentido la Memoria explicativa del texto del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, en Cuadernos de Documentación, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980, 45.

163

Sobre el sentido de estos preceptos, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, La Constitución como norma jurídica, en ADC, 1979, 315.

164

Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PE, 1983, 97.

Esta teoría no aceptaba ni el sistema de plazos ni el sistema de indicaciones, al entender que ambos modelos vulneraban no sólo el art. 15 de la Constitución, sino también el principio de igualdad ante la ley (art. 14 de la CE), en virtud del cual ningún ser humano puede ser tratado peor que otro. No aceptaba el sistema del plazo porque consideraba que dejaba fuera de la protección legal un determinado periodo del proceso de desarrollo de la vida, que a su entender daba comienzo con la concepción. Y no admitía el sistema de las indicaciones por concebir que la propia ley cedía a favor de un bien de menor valor ante un conflicto entre dos bienes desiguales (la vida humana frente a la salud o la libertad de la mujer embarazada).¹⁶⁵

Esta tesis se consideraba insostenible, teniendo en cuenta la constante diferenciación valorativa entre la vida humana independiente y la vida humana dependiente, que había predominado siempre en el Derecho y en la historia de las ideas religiosas.

ARROYO ZAPATERO observaba que el aborto no siempre había sido catalogado como un delito contra la vida del *nasciturus*, sino que había conocido la distinción entre diversos periodos de desarrollo del embarazo, tanto a los efectos de no castigar como a los de diferenciar la penalidad. De manera que el fin de la protección de la vida en formación, no había sido siempre el único criterio determinante del tratamiento penal del aborto, sino que otros intereses, tales como la política demográfica del Estado y la tutela de la salud de la mujer, históricamente habían desempeñado un papel decisivo. Finalmente, consideraba que la equiparación valorativa, solamente se mantenía de forma continuada en la doctrina oficial del pensamiento cristiano, y exclusivamente, a partir de un determinado momento de su evolución, en el que se superaba la problemática de origen aristotélico acerca de la anidación de la vida fetal, momento que se fija en el papado de Pío IX.¹⁶⁶ De ahí que QUINTANO RIPOLLÉS entendiera la incriminación plena del aborto, sobre todo en sus formas consensuales, como obra de la ideología del cristianismo.¹⁶⁷

165

Este es uno de los argumentos del recurso de inconstitucionalidad presentado ante el TC austriaco (Sentencia 11-X-74). Cfr. ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 202, n. 20.

166

Véase ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 202 y sig. Asimismo, BUSTOS RAMÍREZ, DP, PE, 1986, 56.

167

QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado DP, PE, t. I, vol. I, 1972, 544.

Sin duda, la tesis antiabortista, defendida por los partidarios del sistema de prohibición absoluta del aborto, estaba motivada por razones religiosas o políticas, o por ambas a la vez. Una circunstancia peligrosa, porque como explicaba RODRÍGUEZ RAMOS, si bien las razones religiosas en contra del aborto eran importantes y muy respetables, por razones religiosas sólo podían los ciudadanos rebelarse contra leyes relativas al aborto cuando estas fomentaban u obligaban a abortar, por ir en contra de las ideas religiosas o de la libertad religiosa, pero cosa distinta era la permisión de alguna modalidad de aborto.¹⁶⁸

La evidente diferencia valorativa entre ambas vidas, contraria a la tesis “del derecho a la vida”, toma fuerza en el Derecho penal moderno, cuyos Códigos Penales manifiestamente conceden menor valor a la vida del feto que a la vida humana independiente. La muerte del *nasciturus* se cataloga como delito de aborto, mientras la muerte del nacido se considera delito de homicidio, quedando claro que la diferencia entre uno y otro delito, reside en los bienes jurídicos tutelados por ambos preceptos.

Por ejemplo, en el CP de 1944, texto refundido de 1973, podemos observar tres comparativas que evidenciaban la desigualdad de valor en cuestión:

En primer lugar, si comparamos el delito de homicidio del art. 407, que castigaba la muerte de la persona viva con la pena de reclusión menor, y el delito de aborto consentido, que castigaba la muerte del feto con prisión menor, tanto cuando el aborto era producido por la propia embarazada (art. 413), como cuando lo causaba un tercero con el consentimiento de la mujer (art. 411.2).¹⁶⁹

En segundo lugar, si comparamos el delito de infanticidio del art. 410, que se castigaba con prisión menor, y el delito de aborto *honoris causa* del art. 414, que se castigaba con arresto mayor. Ambos preceptos tenían la misma estructura subjetiva, una acción dolosa de matar en defensa del honor. La única diferencia entre ellos, era el objeto

¹⁶⁸ RODRÍGUEZ RAMOS, DP, PE, 1985, 23: “

¹⁶⁹ Esta comparativa sólo se centra en el aborto consentido por la mujer, en tanto tutela únicamente la vida del *nasciturus* (vida dependiente), y en consecuencia, la pena sólo tenía que ver con la lesión de este bien jurídico. A diferencia de lo que sucede con el aborto sin consentimiento de la madre, donde además de tutelarse la vida del *nasciturus*, se protegía la libertad e integridad corporal de la mujer embarazada, lo mismo que en las modalidades de aborto donde se veían lesionados otros bienes jurídicos distintos a la vida del *nasciturus* (cuyas penas no concernían sólo a la lesión del bien jurídico vida dependiente).

de la acción, y en consecuencia, el bien jurídico protegido: en el infanticidio, el niño y la vida humana independiente, y en el homicidio *honoris causa*, el feto y la vida humana dependiente, respectivamente. Claramente, el legislador penalizaba cada supuesto de manera separada y distinta, otorgando mayor pena y por ende mayor valor, a la vida del nacido respecto a la vida del no nacido.

En tercer lugar, si contrastamos la punición del homicidio y las lesiones imprudentes, frente a la impunidad del aborto imprudente causado por la propia embarazada, o el aborto producido por un tercero sin violencia. Evidentemente, el legislador dejaba claro, una vez más, que la vida del no nacido era un bien jurídico de menor valor que la vida del nacido, hasta el punto de considerar impunes ciertas conductas que lesionaban la vida dependiente.

ARROYO ZAPATERO, también basaba el análisis de la insostenibilidad de esta tesis, en las estadísticas que evidenciaron el escaso el número de delitos de aborto conocidos y juzgados por los tribunales.¹⁷⁰

Doctrinalmente, del mismo modo se reconocía la diferencia de valor entre la vida humana en formación y la vida humana independiente. RODRÍGUEZ DEVESA ya indicaba que el conflicto entre la vida de la madre y la vida del feto, no podía incluirse en los conflictos entre bienes jurídicos iguales.¹⁷¹ MUÑOZ CONDE, mostraba que la diferenciación entre la vida dependiente del *nasciturus* y la vida independiente de la madre, no era una distinción puramente académica, sino una diferenciación que ofrecía un gran valor práctico reconocido en la propia Ley penal, que no valoraba igualmente la vida humana ya independizada que la que todavía no lo está. De modo, que de la diversidad de las penas con que conminaban los delitos contra la vida humana no independizada, se deducía que la Ley penal otorgaba mayor protección a aquella que a ésta, lo que adquiría gran importancia, en los casos de colisión entre ambas vidas (una solución establecida por el propio legislador para los casos de conflicto entre ambos bienes jurídicos). Por tanto, en ningún caso, se podía equiparar la vida del feto con la vida ya independizada de la madre, ni podían anteponerse los derechos del feto a los derechos del ya nacido.¹⁷²

¹⁷⁰ Véase ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 204. Asimismo, véase supra 1ª, I, 2.

¹⁷¹ Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PG, 1979, 551.

¹⁷² En este sentido MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1982, 62 y sigs.

La regulación del aborto en el Derecho comparado también permitía argumentar la diferencia valorativa que existía entre la vida humana en formación y la vida humana independiente. Una distinción que en definitiva era la que había posibilitado la despenalización del aborto en gran parte de los países europeos (como Suecia, Dinamarca, Finlandia, Suiza, Gran Bretaña, Francia, Alemania, Austria, Holanda o Italia), y Estados Unidos. La Sentencia de la Corte Constitucional italiana 27/1975, subrayó que no existía equivalencia entre lo que es ya persona y lo que todavía no lo es (como el embrión), debiendo tutelarse no sólo el derecho a la vida de la mujer embarazada, sino también el derecho a la salud de la misma. En Alemania, la BVerfGE 39, 1, de 25 de febrero de 1975, implícitamente reconocía la distinción entre ambas vidas, al admitir el sistema de indicaciones para situaciones especialmente graves, y prescindir, en tales casos, de la aplicación de una pena.¹⁷³

En mi opinión, la teoría del “derecho a la vida” era indefendible desde todos los puntos de vista. La vida del *nasciturus* nunca había sido valorada de igual modo que la vida de los nacidos, al contrario, a la vida humana en formación siempre se le había otorgado un valor menor. Por ende, el titular de la vida no independizada, no podía considerarse incluido entre los destinatarios del derecho a la vida del art. 15 de la CE, el cual, sólo podía referirse a la vida de las personas o los nacidos. Y, como bien indicaba ARROYO ZAPATERO, no podía ser de otra manera, porque lo que sí sería arbitrario, es que la CE o la interpretación de la misma, atribuya igual protección o tutela absoluta e irrenunciable, a dos valores distintos o a dos bienes de diferente valor.¹⁷⁴

Verdaderamente, lo más peligroso fue, que los defensores de esta tesis la fundamentasen sencillamente en la inclusión del *nasciturus* en el término “todos” del art. 15, a pesar de que calzara en muchos puntos la diferencia de valor entre ambas vidas, una pretensión frívola, promovida por la avidez de fundamentar de alguna manera, la igualdad de valor entre ambas vidas para poder apoyar la prohibición absoluta del aborto,

173

Cfr. infra 2ª, I, 1. Sobre el reconocimiento implícito de la distinción entre ambas vidas por parte de la Sentencia alemana BVerfGE 39, 1, de 25 de febrero de 1975, véase ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 205 y sigs.

174

Cfr. ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 209.

sin importar la anulación del valor de la costumbre y del Derecho, pero sobre todo, la dura realidad de la prohibición absoluta del aborto en España.¹⁷⁵

b) La vida humana en formación como bien jurídico protegido

La discusión doctrinal anterior, referente al *nasciturus* como titular del derecho a la vida, no concebía que la vida humana en formación careciera de todo valor jurídico, y que el Estado, la madre o un tercero pudieran destruirla sin más por cualquier motivo. Por el contrario, intentaba dilucidar que la vida del *nasciturus*, siendo un bien jurídicamente protegido, no tiene el mismo valor que la vida de las personas, sino más bien un valor diferente y menor al de la vida de las personas.

Ahora bien, el debate doctrinal relativo a la vida humana en formación como bien jurídico protegido, entraba a valorar las razones por las cuales la vida humana en formación merece protección jurídica como bien jurídico protegido.

En cualquier caso, se parte de la idea de que la vida humana en formación es un bien jurídico constitucional, es decir, un bien jurídico que constitucionalmente merece protección.¹⁷⁶

En primer lugar, se consideraba al *nasciturus* merecedor de la protección derivada de la salvaguardia reconocida constitucionalmente a la madre, como titular del derecho a la vida del art. 15, o de los derechos fundamentales a la integridad corporal (art. 15), a la salud (art. 43) y a la libertad personal (art. 17). En consecuencia, e inevitablemente, se consideraba que la vida e integridad corporal del *nasciturus*, disfrutaban de protección absoluta frente a ataques provenientes del Estado o de un tercero, pero no así frente a la

175

Tenía razón ARROYO ZAPATERO, cuando indicaba que los defensores de esta tesis, quizás debían haber sido consecuentes y exigir también la supresión del delito de aborto y su absorción por el precepto que regula el homicidio. Pero claramente su intención era otra, defender lo indefendible, la prohibición absoluta del aborto que tantos daños ocasionaba a la vida y a la salud de muchas mujeres. En este sentido ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 209.

176

Véase ARROYO ZAPATERO. RFDUCM, monogr. 3. 1980. 210. Sobre esta cuestión se pronunciaba más tarde el TC, en el FJ 5 de la STC 53/1985, que consideraba la vida del *nasciturus* como un bien jurídico protegido en el art. 15 de la CE. en tanto, no podía desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo era condición para la vida independiente del claustro materno, sino que era también un momento del desarrollo de la vida misma; de modo que la vida del *nasciturus*, en cuanto encarnaba el valor fundamental de la vida humana (garantizado en el art. 15 de la CE), constituía un bien jurídico cuya protección encontraba en dicho precepto su fundamento constitucional. Véase infra 1ª, II, 3.

madre, de quien derivaban tales garantías.¹⁷⁷ No obstante, gracias a la fundamentación doctrinal que se señala a continuación sobre la misma protección de la vida del *nasciturus*, se evitaba que a partir de esta derivación la vida humana en formación se convirtiera en un bien jurídico de libre disposición para la mujer embarazada.¹⁷⁸

En segundo lugar, se consideraba que en virtud del principio de dignidad de las personas, el *nasciturus* gozaba de una tutela constitucional, independiente y autónoma a la recibida por derivación de los derechos fundamentales e intereses de los que era titular la propia madre. Para ello, fue preciso configurar la idea de dignidad humana desde un punto de vista social, debiendo concebir la protección de la vida humana en formación, como una función social de carácter material aprehensible por las ciencias sociales.¹⁷⁹

Se apuntaba al principio de dignidad humana de las personas, como algo más que una abstracta decisión de valor constitucional, pudiendo alcanzarse la exigencia para el Estado del respeto y protección, además de los derechos fundamentales en su conjunto, de determinadas concepciones que eran sentidas como fundamentales por la sociedad, como la vida humana en formación. Se aludía a una valoración social positiva de la vida humana en formación, partiendo del hecho que la sociedad reconoce en la misma a un futuro miembro de la comunidad, en cuanto la vida humana en formación es esperanza de vida plena. Una valoración que no es igual durante todo el proceso de gestación, sino que resultaba mayor conforme el futuro miembro de la sociedad se hace presente, tanto para la mujer como para la sociedad, lo cual ocurre en el período más avanzado del embarazo, cuando el vientre de la madre crece y se notan los primeros movimientos del feto. Este momento coincidía, aproximadamente, con el período en el que se alcanza la viabilidad

¹⁷⁷

Esta idea servía de fundamento a la consideración de la inconstitucionalidad de las políticas demográficas que obligan a las mujeres a abortar cuando ya cuentan con un determinado número de hijos, o la experimentación con embriones sin el consentimiento de la mujer. Del mismo modo, sirve de argumento al delito de aborto realizado sin consentimiento de la mujer embarazada.

¹⁷⁸

ARROYO ZAPATERO apuntaba que a partir de esta fundamentación podía resultar que la vida humana en formación se convertía en un bien de libre disposición para la mujer embarazada, de modo que la tipificación del aborto consentido en cualquier período del embarazo no sería iustificable más que por razones de protección de la salud de la mujer, siendo sólo posible fundamentar la punición de los abortos provocados por quienes no eran médicos y, si realizados por un médico, se ejecutasen durante el período último del embarazo, durante el cual el riesgo para la salud era considerablemente elevado. ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 210.

¹⁷⁹

Cfr. ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 213.

fetal y el feto tiene capacidad física de vivir independientemente de la madre, adquiriendo configuración corporal.¹⁸⁰

En definitiva, doctrinalmente se daban razones suficientes para entender que la vida humana en formación merecía protección jurídica de carácter constitucional, de modo que el legislador, a la hora de determinar los límites de dicha protección debía tener en cuenta el mayor valor que comportaba la vida prenatal durante su período más avanzado de desarrollo.¹⁸¹

Claramente, los límites de la protección jurídica de la que era merecedora la vida humana en formación, se hallaban ahí donde la misma entraba en conflicto con otros bienes jurídicos igualmente protegidos (cuya titular era la mujer embarazada), en los supuestos en que se producían embarazos no deseados, naciendo así el conflicto entre bienes jurídicos en torno al delito de aborto que a continuación se estudia.

c) El conflicto entre bienes jurídicos en el delito de aborto

La discusión doctrinal en torno al problema del conflicto entre bienes jurídicos protegidos en el delito de aborto, yacía, en primer lugar, sobre el significado de la prohibición absoluta del aborto para los derechos de la mujer embarazada; y en segundo lugar, sobre la llamada del deber a proteger, de la manera más eficaz y amplia posible, todos los bienes jurídicamente protegidos, debiendo aplicarse el principio de ponderación de bienes en caso de conflicto, para establecer una jerarquización de los mismos, hasta encontrar la fórmula que mejor los proteja a todos.

La absoluta prohibición del aborto en España generaba situaciones de conflicto, donde la tutela de algunos bienes protegidos por el Derecho se veía seriamente comprometida, o incluso sacrificada durante toda la duración del conflicto. El problema surgía cuando la mujer no deseaba continuar con el embarazo, ya fuese porque el mismo suponía un peligro para su vida o su salud, o bien por razones de otra naturaleza.¹⁸²

180

Esta valoración social, no concedía al *nasciturus* la titularidad de la dignidad humana, sino que la idea de dignidad humana socialmente existente, inducía al legislador a proteger la vida humana en formación. En este sentido ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 212, n. 48.

181

Véase ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 211.

182

Cfr. ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 214: "La oposición de la mujer a la continuación del embarazo es el problema relevante porque la prohibición de abortar afecta a bienes jurídicos fundamentales de la

Propiamente, colisionaban la vida humana en formación con otros bienes jurídicos de los que la mujer era titular, tales como la vida, la salud, la libertad, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, el patrimonio y la dignidad. Se trata de bienes jurídicos constitucionales de los que la mujer es titular, que en parte constituyen auténticos derechos fundamentales (el derecho a la vida del art. 15, el derecho a la salud del art. 43.1, el derecho a la libertad personal del art. 17.1 y el derecho a la intimidad del art. 18.1), o bien principios fundamentales de la Constitución (la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás del art. 10.1).

En general, la prohibición absoluta del aborto significaba negarle a la mujer la libertad de disponer su propio proyecto de vida, de decidir sobre su reproducción y sobre la maternidad, es decir, sobre el número de hijos que deseaba, así como el momento y las circunstancias sociales, económicas y personales en las que quería tenerlos. De este modo, el Estado se entrometía en su terreno más íntimo, y sin importarle sus expectativas de vida o su situación personal, la obligaba a aceptar la maternidad, y con ella, el conjunto de obligaciones y emociones personales que ésta significa, exigiéndole la creación de un vínculo para toda la vida, con un hijo, y posiblemente, con un padre. Además, de este modo el Estado condicionaba el libre desarrollo de la personalidad de la mujer, limitándole la facultad natural de que debía gozar como persona, a ser individualmente como ella misma quería ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás. Para ARROYO ZAPATERO no se trataba de una restricción de la libertad de la mujer en sentido abstracto, de una contradicción de un genérico derecho a la libre autodeterminación de la mujer, sino de una restricción material de carácter psíquico y social, de la libertad y de la intimidad.¹⁸³

Particularmente, en aquellos casos en que por complicaciones médicas se hacía imprescindible la práctica del aborto, para evitar la lesión o puesta en peligro grave de la vida o la salud de la mujer embarazada, la prohibición absoluta de la interrupción del embarazo significaba el menoscabo o desprecio de los derechos fundamentales a la vida e integridad física del art. 15 de la CE.

mujer, garantizados constitucionalmente. En efecto, la prohibición del aborto se resuelve en una compulsión a la maternidad.”

¹⁸³

En este sentido ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 215.

Asimismo, las mujeres que optaban por abortar, a pesar de la prohibición de hacerlo, y finalmente eran descubiertas, procesadas y/o condenadas por un delito de aborto, sufrían también el menoscabo de su intimidad, dignidad, patrimonio y libertad.¹⁸⁴

Por otra parte, en el orden normativo de la conducta humana en sociedad, la protección de todos los bienes jurídicos siempre debía alcanzar la tutela más amplia y eficaz posible. Una protección, que encontraba sus límites en aquel lugar donde unos bienes jurídicos entraban en conflicto con otros. En lo concerniente a la protección de la vida humana en formación, tradicionalmente se había aspirado a la más amplia tutela, a la del Derecho penal. Y, como apuntaba BUSTOS RAMÍREZ, en su planteamiento “aborto y conflicto de intereses”, las protecciones en el derecho penal no son absolutas, y por tanto, tienen que reconocer la existencia de conflictos, que en el delito de aborto, son sumamente agudos.¹⁸⁵

Cuando surge un conflicto entre bienes jurídicos, el legislador debe resolverlo, dándole cabida a ese conflicto, ya resuelto, en el Derecho. ARROYO ZAPATERO apuntaba que donde los bienes jurídicos colisionan entre sí, ha de intervenir el legislador con una decisión que, más que solucionar, supere el conflicto.¹⁸⁶ Para ello, el legislador debe regirse por el principio de ponderación de bienes, un principio de justicia elemental que le obliga a establecer una jerarquización de los bienes jurídicos que colisionan entre sí, hasta encontrar la fórmula que mejor proteja a todos y optimice su realización.¹⁸⁷ La ponderación de bienes, en ningún caso significa el sacrificio del bien jurídico de menor rango valorativo, ni la desprotección de alguno de ellos durante toda la duración del conflicto, sino que lo que el legislador debe determinar es en qué medida cede la prevalencia a uno o a otro bien jurídico en colisión, de manera que todos los intereses en conflicto tengan amparo jurídico y puedan realizarse de modo alguno.

En consecuencia, el legislador español debía tomar una decisión sobre la forma de resolver el conflicto entre la vida humana en formación y los bienes jurídicos propios de la

184 Al respecto ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 216.

185 Véase BUSTOS RAMÍREZ, DP, PE, 1986, 56.

186 En este sentido ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 214.

187 En lo que respecta a la naturaleza de la ponderación de bienes jurídicos, resulta muy interesante el artículo de SÁNCHEZ GONZÁLEZ, De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional, en RTRC, núm. 12-13, 2003, 351-382.

mujer embarazada, determinando con precisión en qué medida y en qué supuestos otorgaba prevalencia a uno u otro bien jurídico en colisión. Para ello, debía partir de la esencia del conflicto, que no era otra cosa que la privación tajante de la libertad personal y del libre desarrollo de la personalidad, así como el quebrantamiento del derecho fundamental a la intimidad de la mujer embarazada, en los supuestos de embarazo no deseado. El legislador no podía olvidarse de los otros bienes jurídicos que entraban en conflicto con la vida humana en formación en casos concretos, tales como la vida, la salud, la dignidad y el patrimonio de la mujer embarazada. Mientras tanto, como hemos visto antes, sólo el conflicto entre bienes jurídicos, en el caso de contraindicaciones médicas del embarazo, que suponían un peligro para la vida de la madre, se superaba mediante la aplicación de la eximente de estado de necesidad del art. 8, 7º del CP, partiendo de la diferencia de valor entre la vida del *nasciturus* y la vida de la madre, presente desde siempre en las ideas religiosas y en el Derecho histórico, y más tarde en el Derecho moderno y la doctrina.

ARROYO ZAPATERO consideraba que en el problema que nos ocupa, la jerarquización de los bienes jurídicos en conflicto, debía resolverse a favor de la vida, la salud, la libertad y la intimidad de la mujer embarazada, en tanto constituyen el contenido objetivo de derechos fundamentales, mientras, la vida humana en formación, es un bien jurídico derivado de un principio fundamental, o, si se quiere, de un derecho fundamental, el de la dignidad humana, que no constituye por sí misma el objeto de protección. Precisaba, que la constatación del carácter prevalente de los derechos de la mujer no permitía sacrificar el bien jurídico de la vida humana en formación, de manera que el legislador podía adoptar fórmulas de coexistencia siempre y cuando respetara el contenido esencial de los derechos fundamentales de la mujer, en el sentido del art. 53.1 de la CE al establecer la reserva de ley, es decir, siempre y cuando su fórmula permitiera que en algún momento del conflicto, o en algún momento del embarazo, la ley posibilitara la realización de los mismos, autorizando su ejercicio.¹⁸⁸ En un sentido similar, BUSTOS RAMÍREZ, quien consideraba inevitable la admisión de la preponderancia de la posición de la mujer en este conflicto, tanto porque la mujer era una persona, como porque la vida del feto estaba dependiendo de su vida, así como por el hecho de que sólo ella podía entrar en consideración como sujeto pasivo y víctima del delito de aborto (sin perjuicio de que el objeto material fuese el feto o el embrión). Porque de otro modo, se trataría de un delito

¹⁸⁸ ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 217.

sin víctima y no se podría explicar la diferenciación entre aborto consentido y sin consentimiento, donde este último siempre debía ser punible, aún cuando se aceptase una tesis abolicionista absoluta.¹⁸⁹

Finalmente, en torno a esta discusión, se hacía referencia a que el legislador no debía considerar este conflicto como un problema exclusivamente penal, acudiendo a la tradicional protección de la vida humana en formación mediante el Derecho penal. Por el contrario, era conveniente que resolviera el conflicto, más allá del Derecho penal, para ocuparse verdaderamente de los problemas de política-criminal que en definitiva determinaban la esencia del mismo. Como señalaba MUÑOZ CONDE, cada vez que se recurría al Derecho penal para castigar el aborto voluntario, se evadían los problemas políticos y sociales que lo condicionaban, de manera que resultaba conveniente, que la liberalización del aborto fuera acompañada de una serie de medidas extrapenales que resolvieran tantas situaciones injustas, tanto tabú y tantos obstáculos, como los que existían en torno al conflicto entre bienes jurídicos a partir de la prohibición absoluta del aborto. Se refería a servicios de planificación familiar gratuitos, asesoramiento y educación a las personas en el uso de su sexualidad y de los métodos anticonceptivos, evitando cualquier discriminación laboral, social o profesional de las mujeres embarazadas o con hijos, creando guarderías infantiles, respetando la libertad de la mujer en el uso de su cuerpo, en su decisión de tener o no tener hijos, etc.¹⁹⁰ De esta manera, se reflexionaba que el recurso a la protección penal de la vida humana en formación, debería quedar reducido al castigo del aborto realizado sin el consentimiento de la mujer embarazada, que debería ser siempre punible, o al castigo del aborto realizado por personas sin conocimientos médicos, en condiciones higiénicas deplorables, o incluso el castigo de la impericia médica.¹⁹¹

En mi opinión, efectivamente el conflicto que nos ocupa debía resolverse mediante fórmulas de avenencia que respeten el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de la mujer, al menos en algún momento del conflicto, sin permitir nunca el sacrificio absoluto de los mismos, de modo que la vida humana en formación goce de mayor protección conforme avance el proceso de gestación, tutelándose de la manera más

¹⁸⁹ En ese sentido BUSTOS RAMÍREZ, DP, PE, 1986, 57.

¹⁹⁰ Véase MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1982, 65 y sig.

¹⁹¹ En este sentido MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1982, 66.

amplia y eficaz posible todos los bienes en conflicto. De la misma forma, resulta indispensable una ponderación clara de los bienes jurídicos en juego que determine con exactitud en qué orden y en qué supuestos se otorga prevalencia a uno u otro bien jurídico en colisión.

CAPÍTULO II. LA DESPENALIZACIÓN PARCIAL DEL ABORTO CONSENTIDO MEDIANTE EL MODELO DE INDICACIONES

Como es sabido, la desaparición del Estado Franquista y el inicio de la Transición a un Estado social y democrático de Derecho, generaron una serie de cambios sociales y políticos en España que hacían imprescindible y necesaria la reforma del Derecho español en general.

En materia de aborto, estas circunstancias, unidas a los efectos más graves de la clandestinidad, desembocaron en un movimiento ciudadano que demandaba la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo.

En consecuencia, los Decretos Orgánicos 365/1976, de 26 de febrero y 225/1978, de 17 de febrero, renuevan la Comisión General de Codificación, otorgándole el carácter de órgano asesor en la preparación de las tareas prelegislativas propias del Ministerio de Justicia. De esta manera, las reformas políticas y sociales de la Transición tuvieron una importante repercusión en las tareas prelegislativas de esta comisión, tanto en el número como en la rapidez de las mismas.¹⁹²

Así, ya bajo la Constitución de 1978, el Gobierno se planteó la necesidad de elaborar un nuevo Código Penal, que sin renunciar a la tradición jurídica, tuviese en cuenta los cambios políticos y sociales, así como los avances de la Dogmática penal, la criminología y la ciencia penitenciaria, afrontando la reforma total del sistema punitivo que tantas veces había sido anunciada.

De acuerdo con los criterios anteriores, se elaboraba el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 (publicado en el BOCG núm. 108-I, de 17 de enero de 1980). La regulación del delito de aborto en dicho Proyecto (artículos 161 y sigs.) resultaba muy similar a la ofrecida por el CP en vigor, el de 1944, texto refundido de 1973.¹⁹³ Por ende, ignoraba las voces que aducían la necesidad de despenalizar el aborto, y más aún, la

¹⁹²

Véase al respecto IÑESTA PASTOR, La comisión General de Codificación 1843-1997, de la codificación moderna a la descodificación contemporánea, en AHDE, t. LXXXIII, 2013, 90 y sigs.

¹⁹³

Respecto a la regulación del delito de aborto en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, véase CEREZO MIR, La regulación del aborto en el proyecto de nuevo Código penal español, ADPCP, t. 35, fasc./mes 3, 1982, 561-565.

despenalización parcial de la interrupción del embarazo del Anteproyecto de Código Penal de 1979 (elaborado en la Sección de Derecho penal de la Comisión General de Codificación),¹⁹⁴ que reconocía las indicaciones terapéutica, eugenésica y ética en su art. 162.¹⁹⁵ De hecho, como señala CEREZO MIR, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 guarda silencio absoluto acerca de esta cuestión, a pesar de tratarse de un tema sumamente polémico y que formaba parte del debate político-social de aquel momento.¹⁹⁶

En cualquier caso, el Proyecto Ley Orgánica de Código Penal de 1980 fracasó, quedando abandonado en el Congreso de los Diputados. En su lugar, se optó por el sendero fácil de las reformas parciales urgidas por reclamaciones políticas y por la necesidad de satisfacer las más apremiantes exigencias de un Derecho penal ajustado al nuevo Estado de Derecho. En esa línea se presentó un extenso Proyecto de Ley Orgánica de reforma parcial del Código Penal, que más tarde hizo nacer la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, para la reforma urgente y parcial del Código Penal. Esta ley incidió preferentemente sobre los artículos del CP que suponían una vulneración del principio de culpabilidad, consagrando este principio, con carácter general en el art. 1 del CP. Pero, al igual que el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, no se ocupó de la despenalización del aborto, ignorando de nuevo el Anteproyecto de Código Penal de 1979, a pesar de la prudencia con la que se habían plasmado las indicaciones terapéutica, eugenésica y ética en su art. 162.

194

CEREZO MIR, La regulación del aborto en el proyecto de nuevo Código penal español, ADPCP, t. 35, fasc./mes 3, 1982, 568: "La solución de las indicaciones fue rechazada por el Gobierno y el artículo 162 del Anteproyecto no se incluyó, por consiguiente, en el texto del Proyecto de nuevo Código penal remitido a las Cortes. En la Memoria explicativa del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal se justifica esta decisión con las siguientes palabras : «Después de una consideración detallada de los pros y los contras, se ha preferido no establecer una regulación específica de las llamadas 'indicaciones', determinantes en otros ordenamientos de exención de responsabilidad en el aborto por peligro para la vida de la madre, violación causante del embarazo o malformaciones esperadas en el recién nacido, porque el bien jurídico de la vida no puede ser considerado de rango inferior a otros bienes jurídicos, como lo son la salud y la libertad, y porque en los casos auténticamente graves se puede llegar al mismo resultado de la exención de responsabilidad aplicando las reglas sobre causas de justificación o de inculpabilidad previstas en la Parte General del Código.»"

195

Véase infra 1ª, II, 1.

196

CEREZO MIR, La regulación del aborto en el proyecto de nuevo Código penal español, ADPCP, t. 35, fasc. /mes 3, 1982, 561.

No fue sino hasta 1982, al ganar las elecciones generales españolas el PSOE, cuando se retoman las labores legislativas dirigidas a la modificación del CP para la despenalización del aborto en determinados supuestos, al ser uno de los primeros compromisos legislativos del Gobierno socialista.

El 3 de enero 1983, el Ministro de Sanidad Ernest Lluch anunciaba la presentación de una Ley del Aborto para el mes de junio, aprobándose por el Consejo de Ministros el anteproyecto de la misma el 2 de febrero de 1983, encaminado a introducir un nuevo artículo en el CP (417 bis) que despenalizaría el aborto en los casos de peligro para la vida o la salud de la madre (indicación terapéutica), violación (indicación ética), y taras del feto (indicación eugenésica).

Al mes siguiente, en marzo de 1983, el Gobierno presentaba ante las Cortes Generales Parlamentarias el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, que contenía tres indicaciones (terapéutica, eugenésica y ética), aunque con una redacción inicial más ligera de requisitos formales que la que finalmente se dio al art. 417 bis del CP, a raíz de la STC 53/1985, de 11 de abril.¹⁹⁷

Esta propuesta del Gobierno reavivó la polémica social y política en torno a la despenalización del aborto en España, lo que era una reacción de esperar. Controvertidas consideraciones las de los grupos más conservadores, quienes realizaron una fuerte campaña en contra del Proyecto de Ley, apoyándose en argumentos morales, religiosos y jurídicos que desembocaron más tarde en la interposición del recurso previo de inconstitucionalidad por el PP contra el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal.

Por su parte, los grupos pro aborto, fieles a sus reivindicaciones, mostraron su total desacuerdo con el Proyecto de Ley, en tanto no contemplaba la indicación socio-económica como supuesto de impunidad del aborto, como sí sucedía en el Derecho comparado.¹⁹⁸

197

Véase infra 1ª, II, 1 y 4.

198

Una de las reivindicaciones históricas del movimiento feminista, a partir fundamentalmente de los años setenta ha sido la del derecho de las mujeres a decidir libremente sobre su maternidad, y por supuesto a interrumpir su embarazo en condiciones legales y con todas las garantías sanitarias.

La polémica se mantuvo durante todo el proceso de despenalización, lo que sin lugar a dudas repercutió en la decisión del Gobierno de no incluir en el Proyecto de Ley el cuarto supuesto de aborto impune (indicación socio-económica),¹⁹⁹ y en lo difícil y largo que resultó el mismo.²⁰⁰

La intención liberalizadora del Gobierno provocó una reacción jurisprudencial sorprendente en España, esto es, la condena a mujeres españolas por delitos de aborto cometidos en el extranjero. Si bien el ordenamiento jurídico español se atenía al principio de territorialidad de la leyes penales, que en su aspecto negativo y por regla general excluía la punición de los delitos cometidos fuera de España,²⁰¹ la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo condenaban a mujeres por delitos de aborto cometidos fuera del territorio español.

199 En este sentido LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 22: “Probablemente, la decisión del Gobierno de limitar el modelo despenalizador a los tres supuestos menos conflictivos estuvo influida por los índices de aceptación mayoritaria de la opinión pública de la época. No parece casual, en efecto, que un estudio realizado por el Centro de Investigaciones Sociológicas en febrero de 1983 detectara que casi las dos terceras partes de los encuestados se mostraban favorables a los tres supuestos recogidos en el art. 417 bis, mientras que sólo el veinticinco por ciento aceptaba una amplia despenalización que permitiera el aborto “siempre que la madre lo decida libremente” RUIZ MIGUEL, *Problemas Constitucionales*, 1990, 12: “En todo caso, el tortuoso camino que hubo que transitar hasta la entrada en vigor, dos años más tarde, del art. 417 bis puso de manifiesto que aquel amplio apoyo ciudadano a las tres indicaciones hoy vigentes no fue suficiente para acallar las voces de los más críticos.” En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, *División de poderes*, 1987, 187.

200

En este sentido véase RODRÍGUEZ MOURULLO, *División de poderes*, 1987, 186: “Un penalista alemán Karl-Heinz Gössel, ha descrito en los siguientes términos, que son perfectamente aplicables a nuestro país, la disputa surgida hace pocos años a raíz de la despenalización del aborto en la República Federal alemana: A pesar de las deplorables consecuencias que producía la regulación jurídica, el legislador seguía sin hacer prácticamente nada para modificarla. En lugar de la anhelada modificación surgió una grave confrontación política que en nada favoreció la solución del problema u que sólo sirvió para dividir la polémica en dos bandos irreconciliables de exaltados, cegados por cuestiones ideológicas. Uno de estos bandos estaba integrado por un grupo de exaltados religiosos que bajo el lema de “aborto es asesinato” querían bloquear desde un principio toda reforma razonable del delito de aborto, pronunciándose incluso en contra de la admisión de la indicación médica. Al otro lado estaba el grupo integrado en parte por extremistas de izquierda, que proclamaban la absoluta libertad para abortar y que con el arito de “mi vientre me pertenece”, pretendían suprimir las leyes naturales, a las que consideraban consecuencia de las relaciones de producción capitalista. La absurda confrontación de estos dos puntos de vista irreconciliables repercutió de un modo desfavorable en la nueva regulación del delito de aborto que se consideró como un fracaso desde el primer momento.”

201

Salvo algunas excepciones expresamente consignadas que se fundamentaron en el principio personal (artículos 339 a 341 de la LOPJ), el Principio real o de protección (art. 336 LOPJ) y en el Principio de justicia universal o de justicia mundial (artículos 288 y 452 bis, a), 1ª del CP).

De acuerdo con el criterio del Fiscal General del Estado, la Audiencia Nacional condenaba por delito de aborto a una mujer española que había abortado en Francia donde el aborto sí estaba permitido (SAN de 1 de octubre de 1979), Sentencia que luego fue confirmada en casación por la STS de 20 de diciembre de 1980. Otro caso similar se daba en 1981, cuando la Audiencia Nacional condenó a una mujer que había abortado en Londres, donde también estaba permitido el aborto, sentencia que igualmente fue confirmada en casación por la STS de 15 de octubre de 1983. En este último caso, el TC se pronunciaba resolviendo un recurso de amparo en STC 75/1984, de 27 de junio, anulando las resoluciones impugnadas que habían condenado a la mujer por abortar en Londres, reconociendo el derecho de la recurrente a no ser condenada en España por el aborto cometido en el extranjero con base en el art. 25.1 de la CE, esto es, del principio de legalidad, base fundamental del Derecho punitivo.²⁰²

²⁰²

Las SSTS de 20 de diciembre de 1980 y 15 de octubre de 1983 se basaron en 2 argumentos principales: en primer lugar, que viajar al extranjero para abortar, eludiendo la aplicación del Derecho penal español y valiéndose de la legalidad del aborto en aquellos países, constituía “fraude de Ley”, entendiéndose que el art. 339 de la LOPJ era utilizado ileítimamente como norma de cobertura; y en segundo lugar, que el citado art. 339, que combinaba el principio de personalidad (respecto al sujeto activo) con el principio real o de protección (respecto al sujeto pasivo), no excluía la punibilidad del aborto realizado en el extranjero. Por su parte la STC 75/1984, de 27 de junio, negaba la concurrencia del “fraude de Ley” en el ámbito del Derecho penal por entenderlo incongruente con las exigencias del principio de legalidad, toda vez que consideraba que el fraude de Ley suponía una norma prohibitiva respecto a la realización de determinados actos, y una norma de cobertura en virtud de la cual se debían llevar a cabo engañosamente los actos vedados por la norma prohibitiva; deduciendo que los supuestos analizados, los de los artículos 411 inciso 2º, 413 y 414 del CP, no se podían entender como normas prohibitivas del aborto realizado en el extranjero, teniendo en cuenta que su aplicación se hallaba delimitada al ámbito territorial de la soberanía de las normas penales españolas, es decir, al territorio español. En consecuencia, el TC consideraba que de entender así esta situación, resultarían redundantes todas las normas que la LOPJ establecidas para ampliar la punibilidad de hechos cometidos fuera del territorio español.²⁰² Por otra parte, esta sentencia concluía que el delito de aborto se hallaba dentro del ámbito de aplicación del art. 339 de la LOPJ, porque el aborto era de los delitos cometidos por españoles contra españoles, considerando a su vez que este argumento era contradictorio al argumento anterior sobre el fraude de Ley, toda vez que en este se trataba de incluir el supuesto de aborto en el art. 339 de la LOPJ, mientras que en el otro caso se intentaba excluirlo, con la finalidad de utilizar el art. 339 como la norma de cobertura necesaria para justificar el fraude de Ley. Al respecto véase VIVES ANTÓN, Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional. El problema del aborto consentido, REDC, núm. 15, 1985, 123 y sigs.

No cabe duda de que la interpretación jurisprudencial de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo fue desafortunada, suponiendo un gravísimo atropello al principio de territorialidad de las leyes penales españolas.²⁰³

A pesar de la polémica referida, el 30 de noviembre de 1983 se aprobó en el Senado el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal. No obstante, sólo dos días después, el 2 de diciembre de 1983, se dejaba suspendido por la interposición de un recurso previo de inconstitucionalidad contra el mismo, presentado por el diputado José María Ruiz Gallardón, en nombre de 54 diputados del PP. Dos años más tarde se resolvía este recurso, naciendo la famosa STC 53/1985, de 11 de abril, que como sabemos, vino a sentar las bases del tenor literal definitivo del art. 417 bis del CP.

1. *El Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal*

El texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal registraba un sistema moderado de indicaciones que no contemplaba la indicación socioeconómica, despenalizando el aborto únicamente cuando era necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada, cuando el embarazo resultaba a consecuencia de un delito de violación, o cuando existían probabilidades de que el feto hubiere de nacer con graves taras físicas o psíquicas.

El tenor final de este Proyecto de Ley era muy similar al del art. 162 del Anteproyecto de Código Penal de 1979, que igualmente reconocía un sistema moderado de indicaciones, limitando los supuestos de impunidad al peligro grave para la vida o la salud de la madre, al peligro de graves taras físicas o psíquicas del futuro niño y al embarazo producido como consecuencia de un delito de violación o de una inseminación artificial no consentida, sin admitir en ningún caso la llamada indicación social.²⁰⁴

²⁰³ Sobre la jurisprudencia española y comentarios doctrinales sobre la aplicación de la legislación penal en el espacio y principio de territorialidad, como fundamento técnico del turismo abortivo, véase IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, *La despenalización del aborto en el ocaso del siglo XX*, 1992, 86 y sigs.

²⁰⁴ El art. 162 del Anteproyecto de Código Penal de 1979 exponía textualmente: *“El aborto no será punible si se practica por un medico con el consentimiento de la mujer, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada. 2. Que el embarazo sea*

Así, el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal establecía textualmente:

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

1. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.

2. 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.

3. 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 especialistas distintos del que intervenga a la embarazada.”

Resulta interesante apuntar, que como alternativa a la solución de las indicaciones del Anteproyecto de Código Penal de 1979, la Sección de Derecho penal de la Comisión General de Codificación había sometido a deliberación una propuesta del sistema del plazo realizada por GIMBERNAT ORDEIG. Esta proposición planteaba la impunidad del médico que producía el aborto con consentimiento de la madre, así como la de la mujer que consentía su aborto o se producía su propio aborto, siempre que se realizase durante las primeras 12 semanas de embarazo, de manera que más allá de las 12 semanas el aborto sólo sería permitido en los supuestos de las indicaciones terapéutica y eugenésica, siendo necesario en esta última que el aborto se realizase en las primeras 22 semanas y que el pronóstico desfavorable constase en un dictamen médico.²⁰⁵ GIMBERNAT defendía

consecuencia de un delito de violación de los artículos 194 y 195, o de una inseminación artificial no consentida, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de la gestación y que dichos delitos hubiesen sido oportunamente denunciados. 3. 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 especialistas distintos del que intervenga a la embarazada y que presten servicio en un centro oficial o de planificación familiar.”

²⁰⁵

La redacción del artículo 162 propuesta por Gimbernat Ordeig se establecía en los siguientes términos: “Art. 162: Estarán exentos de pena el médico que provocare un aborto durante las doce primeras semanas del embarazo

esta alternativa, alegando que era una fórmula frecuente en el Derecho comparado y que cada vez era más y mejor aceptada en la doctrina española. Sin embargo, tras una intensa deliberación de ambas alternativas despenalizadoras, la Sección IV de la Comisión rechazaba la propuesta de GIMBERNAT por amplia mayoría (votando a favor de la misma únicamente MUÑOZ CONDE, QUINTERO OLIVARES y el propio GIMBERNAT),²⁰⁶ mientras que en una votación posterior, se aprobaba el sistema de indicaciones con una mayoría muy estrecha (trece votos a favor y once en contra).²⁰⁷

Sin lugar a dudas, la propuesta del sistema del plazo de GIMBERNAT ORDEIG era muy valiente al apartarse incluso del sistema de indicaciones en sentido amplio, suponiendo un importante progreso en las posturas doctrinales referentes a la despenalización del aborto del momento. Resultaba además un apoyo muy positivo para los derechos y las libertades de las mujeres que hasta entonces se habían dejado en un segundo plano.

2. *El recurso previo de inconstitucionalidad núm. 800/1983*

El 2 de diciembre de 1983 José María Ruiz Gallardón, en representación de 54 diputados de las Cortes Generales del PP, interponía el recurso previo de inconstitucionalidad núm. 800/1983 contra el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, por infracción de los artículos 1.1, 9.3, 10.2, 15, 39.2 y 4, 49 y 53.1 y 3 de la CE.

y la mujer que consintiere en la intervención. Tampoco responderá la mujer que dentro de ese plazo se causare a sí misma un aborto." Asimismo, Gimbernat proponía el artículo 162 bis en los siguientes términos: "Transcurrido el plazo señalado en el artículo anterior, quedarán exentos de responsabilidad la mujer que consintiere o se provocare un aborto y el médico que se lo practicare, siempre que ello fuera necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada. La exención de responsabilidad será igualmente aplicable al médico que practicare un aborto y a la mujer que lo consintiere cuando la intervención se llevara a cabo para impedir el nacimiento de un niño con graves taras físicas o psíquicas: en este caso serán requisitos necesarios para eximir de responsabilidad que el aborto se realice en las primeras veintidós semanas a partir de la concepción, y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por un médico distinto del que practica la intervención."

²⁰⁶

La solución del sistema del plazo propuesta por Gimbernat Ordeig, aunque rechazada por la Comisión, fue luego incorporada al anteproyecto como un voto particular. Véase CEREZO MIR, La regulación del aborto en el proyecto de nuevo Código penal español, 1982, 567.

²⁰⁷

Según CEREZO MIR, gracias al apoyo de Gimbernat, Muñoz Conde y Quintero Olivares. Véase CEREZO MIR, La regulación del aborto en el proyecto de nuevo Código penal español, 1982, 567.

El carácter previo que tenían entonces los recursos de inconstitucionalidad²⁰⁸ dejó en suspenso, durante casi 2 años, la aplicación del nuevo art. 417 bis del CP.²⁰⁹

Los recurrentes solicitaban que se declarase la inconstitucionalidad del referido Proyecto de Ley en su totalidad, y, con carácter subsidiario la inconstitucionalidad parcial de las circunstancias b y c del art. 417 bis, y, en todo caso, que se dictase sentencia interpretativa y aclaratoria de las ambigüedades constitucionales denunciadas.

2.1. Los motivos del recurso

El recurso de inconstitucionalidad núm. 800/1983 se basaba en los siguientes motivos:

- Primero. Vulneración del art. 15 de la CE, el cual declaraba que “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral”.

Entendían los recurrentes que, el reconocimiento del derecho de “todos” a la vida se extendía también a los concebidos y no nacidos a partir de una interpretación literal y sistemática del art. 15 de la CE.

En virtud de la Sentencia del TC alemán de 25 de febrero de 1975 (BVerfGE 39, 1, de 25 de febrero de 1975), alegaban los recurrentes que claramente, según los conocimientos biológicos y fisiológicos del momento, existía vida humana desde los 14 días después de la concepción.

También, fundamentaban que el hecho de que el término “todos” apareciera como sujeto de otros derechos en la propia CE, que sólo eran predicables de la persona ya nacida, no podía aducirse para negar por ello que dicho término, en el contexto del art. 15, debía entenderse en idéntico sentido, porque ello no implicaba que no tuviesen derecho a vivir, en tanto si se le privase del derecho a la vida nunca podrían tener tales derechos. De la interpretación sistemática del art. 15, en relación con otros preceptos de la Constitución,

208

El entonces vigente art. 79 de la LOTC regulaba el recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de Estatutos de Autonomía y de Leyes Orgánicas.

209

No fue sino hasta el 5 de julio de 1985 cuando entró en vigor de manera irreversible el definitivo art. 417 bis del CP, en virtud de la LO 9/1985, incluyéndose en el Derecho español la despenalización del aborto mediante el sistema de indicaciones.

deducía un espíritu que ponía un acento fundamental en la dignidad humana, de manera que violaba dicho espíritu el considerar que todo el sistema de protección y reconocimiento del articulado no alcanzaba al ser vivo aún no nacido.

Sostenían que la tradición legislativa española, con la única excepción de la Ley catalana sobre la interrupción legal del embarazo en la Segunda República,²¹⁰ había estimado que todos tenían derecho a la vida desde el momento de la concepción, penalizándose el aborto en todos los Códigos Penales. Examinaban el proceso de elaboración del art. 15 de la CE en el Parlamento, que a su entender, de las enmiendas presentadas en su día, del informe de la ponencia y de la discusión parlamentaria, se deducía: en primer lugar, que la finalidad perseguida por la enmienda era sustituir el término "personas" por el de "todos" para evitar que con el primero el legislador pudiera considerar que sólo son personas quienes reúnan los requisitos del art. 30 del CC, por lo que el aborto voluntario no quedaría impedido por la Constitución; en segundo lugar, que el objetivo específico que proponía la enmienda, solicitando la introducción del término "todos", era que con él se entenderían incluidos los no nacidos, quedando vedada al legislador ordinario la posibilidad de despenalizar el aborto voluntario; en tercer lugar, que los grupos parlamentarios que apoyaban la enmienda y votaron a su favor, lo hicieron conscientes de la finalidad y objetivo que se pretendía, ratificando que el derecho a la vida se refería también a los no nacidos; y en cuarto lugar, que la enmienda sometida a votación y aprobada por mayoría, suponía que el significado incorporado al precepto era el pretendido por el enmendante, sin que el hecho de que no hubiera existido consenso entre todas las fuerzas políticas restara valor alguno a aquel significado.

Finalmente, apelaban a la realidad social del momento, realidad que, a su parecer, resultaba de una serie de documentos que aportaban o decían que aportarían en un momento ulterior al recurso.²¹¹

210

Esto es, el Decreto de Regulación de la Interrupción Artificial del Embarazo, de 25 de diciembre de 1936. Véase supra 1ª, I, 1.6.

211

VIVES ANTÓN, Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional. El problema del aborto consentido, REDC, núm. 15, 1985, 128: "A la misma conclusión de entender que el *nasciturus* es titular del derecho a la vida proclamado en el artículo 15 de la Constitución se llega, según los recurrentes, si se relaciona su texto con la realidad social del momento en que ha de ser aplicado a la que hace referencia el artículo 3.1 del Código Civil. En tal sentido, aluden, de una parte, a los valores éticos subyacentes a las normas jurídicas, invocando manifestaciones de diversos organismos y, en particular, de varias confesiones religiosas y, de otra, a una tendencia internacional a

- Segundo. Vulneración del art. 1.1º de la CE, por estimar que el Estado Social no se compagina con actuaciones negadoras o supresoras de la vida de los nacidos, en cuanto proclamaba el Estado social y el Estado de Derecho.

Según los recurrentes el Estado social y de Derecho no se compagina con actuaciones negadoras y supresoras de la vida de los no nacidos.^{212 213}

Consideraban que el Proyecto de Ley era contrario a las exigencias del Estado de Derecho, al vulnerar el principio esencial de la separación de poderes, invadiendo el legislativo las funciones y competencias propias de la justicia constitucional y del orden judicial penal ordinario, afirmando que el legislador había interpretado el art. 15 de la CE de forma distinta a la que se desprendía de la elaboración de dicho precepto, realizando una nueva interpretación, asumiendo competencias que, según la LOTC y la STC de 5 de agosto de 1983, correspondían exclusivamente a la justicia constitucional. Asimismo, entendían que una buena técnica penal exigía fijar con carácter general las eximentes,

reconsiderar el problema en los países que, en su día, adoptaron una legislación despenalizadora. El derecho a la vida del *nasciturus* implica una protección penal de la que el proyecto impugnado le priva.”

212

El art. 1.1 de la CE establece textualmente: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”

213

Resultaba muy interesante la mención que hacía VIVES ANTÓN de la alegación de los recurrentes a la idea de Estado social para justificar la punición en todo caso del aborto. VIVES ANTÓN, Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional. El problema del aborto consentido, REDC, núm. 15, 1985, 139: “El Estado social representa, desde sus primeras formulaciones doctrinales hasta su proclamación constitucional, una llamada de atención sobre la incidencia de las desigualdades de clase en el disfrute de los derechos, una acotación crítica sobre el statu quo de las relaciones de propiedad, un compromiso asistencial y de prestación por parte de los poderes público, en especial frente a los más desfavorecidos, etc. ¿Qué tiene que ver el Estado social con la prohibición incondicionada del aborto? Alqún espejismo conceptual debió desorientar a los redactores del recurso cuando apelaron a semejante motivo de impugnación. Quiero recordar, al efecto, unas palabras de Roxin, que como es sabido en el seno de la discusión del problema en Alemania asumió una posición conservadora moderada: “Precisamente. lo intolerable del estado de cosas en el Derecho vigente consiste en que se obliga a la mujer a dar a luz al niño una vez que ha sido concebido, pero después es ella sola quien debe ver el modo de resolver la situación que la Ley le ha impuesto. Esto es inhumano e indigno de un Estado social; por lo cual habrá que decir: si el Estado impone a una mujer el deber de traer al mundo un feto, aquél tendrá que cuidarse simultáneamente de que el niño pueda vivir en condiciones humanamente dignas y desarrollarse libremente, y de que no recaiga sobre los padres un peso que supere desproporcionadamente las cargas normales de la paternidad. Y si el Estado no está en situación de crear esas condiciones, tampoco le es lícito exigir a la mujer que dé a luz a su hijo, sino que tendrá que permitir la interrupción del embarazo y asumir incluso la responsabilidad de ello.”

dejando a los Tribunales la apreciación de su procedencia e improcedencia respecto a tipos y casos concretos. De otro modo, -y máxime cuando se transfería al médico la responsabilidad de apreciar la concurrencia de una causa de exención-, se sustraía a los Jueces y a los Tribunales -a quienes correspondía exclusivamente, según el art. 117.3 de la CE- el ejercicio de la potestad jurisdiccional, en todo tipo de procesos.

- Tercero. Violación del art. 10.2 de la CE, con relación al art. 96.1 de la CE, en cuanto prescribe que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los acuerdos y tratados internacionales sobre esas materias ratificados por España.

Este motivo se hallaba estrechamente relacionado con el primero.²¹⁴ Los recurrentes citaban, en primer lugar, el art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948²¹⁵, el art. 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (Pacto de Roma)²¹⁶ y el art. 5²¹⁷ y 6.1²¹⁸ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (Pacto de Nueva York), que, en su opinión, reconocían el derecho de "todos" a la vida en términos muy similares al texto constitucional español,

²¹⁴

El art. 10.2 de la CE establece literalmente: *"La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social."* Asimismo, el art. 96.1 de la CE dice: *"Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional."*

²¹⁵

Que establece que *"todo individuo tiene derecho a la vida"*.

²¹⁶

Reconoce que *"el derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley"*, y que *"nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena."*

²¹⁷

Disponía textualmente el art. 5: *"1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado."*

²¹⁸

Establece que *"el derecho a la vida es inherente a la persona humana"*, de modo que *"este derecho estará protegido por la ley"* y *"nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente."*

pero que, si se tenía en cuenta que cuando se aprobaron los dos primeros, el aborto no se hallaba legalizado "en ninguno de los bloques políticos", podía suponerse que el derecho a la vida se entendía aplicable al ser humano desde el momento de la concepción.

Asimismo, reconocían que si bien había habido Tribunales Constitucionales europeos que habían interpretado el art. 2 del Pacto de Roma en sentido negativo a la protección de la vida del *nasciturus*, como el Tribunal Constitucional austriaco en su Sentencia de 11 de octubre de 1974, en sentido contrario, podía citarse la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de 25 de febrero de 1975, en la cual sí se admitía que el derecho a la vida proclamado en el art. 2 de la Ley Fundamental de Bonn, se extendiera a la vida del embrión, en tanto "interés jurídico independiente".

Por lo que se refería al Pacto de Nueva York, estimaban que permitía llegar a la conclusión de que el feto debía ser considerado un bien jurídico protegible.

Citaban además el Acta Final de Helsinki, de 1 de agosto de 1975, que prescribía el respeto de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales "de todos"; la carta de San José de Costa Rica (aunque no había sido ratificada por España), en cuyo art. 4 se declaraba que el derecho a la vida existía a partir de la concepción; y la Declaración Internacional de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959, en cuyo preámbulo se reconocía la protección jurídica del niño antes y después de su nacimiento.

De todo ello concluían que el derecho a la vida abarcaba a los concebidos y no nacidos, con lo que el Proyecto vulneraba el art. 10.2 de la CE.

- Cuarto. Infracción del art. 39, apartados 2 y 4 de la CE, en cuanto que el primero impone a los poderes públicos la protección integral de los hijos, iguales ante la Ley, con independencia de su filiación, y el segundo, que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Entendían vulnerado el art. 39.2 de la CE, al impedir el Proyecto el otorgamiento del consentimiento del padre para la realización del aborto. Primero, porque impedía al hijo no nacido ser integralmente protegido; segundo, por suponer la creación de una desigualdad entre hijos nacidos y no nacidos; y tercero, porque la ausencia de exigencia de consentimiento paterno rompía inconstitucionalmente todo el sistema de Derecho civil basado en la igualdad de los cónyuges.

Por otra parte, entendían vulnerado el art. 39.4 de la CE, al disponer que "los niños gozaran de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos". Precisaban que no se trataba de que tales acuerdos sirvieran para interpretar las normas reguladoras de los derechos fundamentales, como prescribía el art. 10.2 de la CE, sino de que la protección en ellos, articulada sobre los derechos del niño, fuese establecida y articulada en el ordenamiento jurídico español.²¹⁹

- Quinto. Vulneración del art. 53 de la CE, en tanto establece que los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos.

Concebían la vulneración del art. 53 de la CE en tres sentidos:²²⁰

En primer lugar, que el derecho a la vida vinculaba a todos los poderes públicos, vinculación que se traducía en una obligación para estos de proteger la vida misma y que no podía ser enervada por la voluntad de la madre, del mismo modo que el derecho no podía quedar arbitrio del legislador ordinario.

En segundo lugar, que el Proyecto no regulaba un derecho fundamental respetando su contenido esencial, sino que suprimía un derecho fundamental -el derecho a la vida del *nasciturus*.

²¹⁹

Véase VIVES ANTÓN, Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional. El problema del aborto consentido, REDC, núm. 15, 1985, 129: "A juicio de los recurrentes, al no requerirse en el proyecto el consentimiento del padre para la realización del aborto, se priva al no nacido de la protección paterna, creando una desigualdad inconstitucional entre hijos nacidos y no nacidos y, a la vez, una desigualdad entre los cónyuges. Por otra parte, los derechos del niño internacionalmente reconocidos quedan desprotegidos."

²²⁰

El art.53 de la CE establece literalmente: "1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a). 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. 3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen."

Y en tercer lugar, la imposibilidad de restitución del bien de la vida, una vez suprimida esta, y la imposibilidad de que el sujeto del derecho pudiera ejercer por sí mismo los medios de tutela jurisdiccional que la Constitución le otorgaba.²²¹

➤Sexto. Análisis de las indicaciones y determinación de su inconstitucionalidad.

Los recurrentes estimaban innecesaria la indicación terapéutica puesto que cabía dentro de la eximente general de estado de necesidad. Consideraban inconstitucional la despenalización del aborto terapéutico al darse prevalencia a un bien jurídico de menor entidad, al no exigirse otro medio para preservar la salud de la madre, al no fijarse como requisito un examen pericial judicializado y por no tenerse en cuenta el consentimiento del padre. Advertían la ambigüedad de esta indicación (que ya había sido denunciada en el informe del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos y en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas) dado el amplio significado que la OMS daba al término "salud" ("estado perfecto de bienestar físico, mental y social y no sólo como ausencia de enfermedad).

No aceptaban la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto en favor de la vida, la salud, la libertad y la intimidad de la madre, porque se trataba de bienes que formaban el contenido objetivo de derechos fundamentales, mientras que la vida del *nasciturus* era un valor absoluto que no podía ser objeto de limitación, pues ello suponía la eliminación y negación, también absoluta, del valor mismo.

En su opinión, de la CE no se deducía que la vida fuese un bien jurídico sino un derecho fundamental atribuible a todos, de manera que al calificarlo de mero bien jurídico, se degradaba y rebajaba de rango el derecho a la vida, sin que esta degradación encontrara apoyo constitucional alguno.

221

En este sentido VIVES ANTÓN. Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional. El problema del aborto consentido, REDC, núm. 15, 1985, 129: "Vulneración del artículo 53 de la Constitución, en tanto establece que los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos. Esta vinculación se traduce en obligaciones positivas de prestación y protección, a las que queda obligado también el legislador. Los derechos fundamentales encarnan un "orden objetivo de valores", que rige, incluso, en las relaciones entre particulares, y que el legislador ha de hacer respetar, máxime tratándose de la vida, derecho cuyo contenido es, todo él, esencial, y que representa un valor absoluto, de imposible restitución si llega a ser suprimida."

En el caso de la indicación ética, alegaban la violación del art. 15 de la CE, al hacer prevalecer el derecho al honor sobre el derecho a la vida.

En el supuesto de aborto eugenésico, alegaban la vulneración del art. 15 de la CE, y también del art. 49 de la CE, que ordenaba a los poderes públicos a llevar a cabo una política de previsión y tratamiento de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos.

- Séptimo. Infracción del art. 9.3 de la CE, por entender que el art. 417 bis del CP vulneraba el principio de seguridad jurídica.

Los recurrentes alegaban ambigüedades constitucionales del proyectado art. 417 bis del CP, que según la técnica de los tipos penales abiertos suponía la violación del principio de seguridad jurídica del art. 9.3 de la CE.²²²

Concretamente, reclamaban la puntualización de algunas "circunstancias" como la "gravedad" del peligro para la vida o salud de la madre, la concreción de cuestiones fundamentales relativas al supuesto de "violación" o la precisión del término "probabilidad" de la indicación eugenésica. Demandaban además la previsión del procedimiento administrativo que garantizase el cumplimiento de los requisitos señalados por la ley, una cuestión que entendían vulneraba el art. 103 de la CE y el art. 40 de la Ley del Procedimiento Administrativo. Reclamaban la abstención u objeción de conciencia del médico en el ejercicio de las tareas o funciones públicas o cuasi judiciales que le atribuía el Proyecto. También, rechazaban la falta de asomo del procedimiento para la prestación del consentimiento de la menor de edad, de la incapaz psíquica, y el consentimiento del padre. Decían que esta carencia le impedía al padre ejercitar la defensa del "*nasciturus*" en el caso de que el padre fuere contrario al aborto, y en general, poder cumplir su deber de prestar asistencia a su hijo de acuerdo con lo establecido en el art. 39.3 de la CE. Y por último se denunciaba que no se tenían en cuenta las consecuencias del art. 154 del CC, que atribuía conjuntamente la patria potestad a ambos padres, o la presencia del Ministerio Fiscal, cuya misión era promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público, sin llegar a

²²²

El art. 9.3 de la CE establece literalmente: "*La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*"

determinarse la posibilidad y grado de cobertura del aborto por la seguridad social y que tampoco se seguían los criterios ni se guardaban las cautelas previstas en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.²²³

2.2. Las alegaciones del Abogado del Estado

Las alegaciones del Abogado del Estado en oposición al recurso previo de inconstitucionalidad núm. 800/1983

Se describirán las alegaciones más importantes del Abogado del Estado dado su gran utilidad para valorar el recurso núm. 800/1983, resultan de gran importancia, en tanto permiten valorar de manera muy clara este recurso.

Por escrito de 10 de febrero de 1984, el Abogado del Estado se opuso al recurso previo de inconstitucionalidad, considerando que el Proyecto no era inconstitucional con base en las siguientes alegaciones:

A) Referente al primer motivo (vulneración del art. 15 de la CE: “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral”).

Reflexionaba que el art. 417 bis despenaliza ciertos supuestos excepcionales de aborto, manteniéndose la penalización en los demás casos, lo que suponía que la vida en gestación seguía considerándose un bien jurídico protegible.

Entendía que la Constitución no imponía el deber de penar el aborto como única y no última ratio. De acuerdo con la concepción constitucional clásica, creía que los derechos se afirmaban frente al Estado como límites a la acción del poder político (art. 53 de la CE), de modo que no era necesaria una norma penal como única solución de tutela de un bien jurídico, como lo había entendido manifiestamente el Tribunal Constitucional austriaco y, de forma implícita la Corte Suprema de los Estados Unidos y la Corte Constitucional Italiana.

Interpretaba que en la palabra "todos" del art. 15 de la CE, sólo podría incluirse a quienes el Derecho reconoce como sujetos aptos para ostentar titularidades jurídicas.

223

VIVES ANTÓN, Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional. El problema del aborto consentido, REDC, núm. 15, 1985, 130.

Hacia una especial mención de los antecedentes legislativos en la elaboración de la Constitución, concluyendo que con la fórmula “todos” adoptada finalmente para el art. 15, no se resolvía ni a favor ni en contra del aborto.

Apuntaba que la fórmula “todos” ya constaba antes del debate parlamentario en el Anteproyecto, sin suscitar oposición ni enmienda de ningún grupo parlamentario, incluidos los defensores del aborto. Señalaba que se había introducido luego el término “persona”, a consecuencia de una enmienda justificada por una “mayor corrección técnica”. Es más, aludía que se había presentado una enmienda que incluía explícitamente al *nasciturus* (la enmienda núm. 776), la cual no había sido discutida ni aludida en el debate de la comisión, pero que demostraba que hubo parlamentarios que no estimaban que el término “todos” supusiera la prohibición constitucional del aborto siendo en el pleno del Congreso cuando un diputado propuso la vuelta a la vieja fórmula (“todos tienen derecho a la vida”) con una intención muy concreta: la de hacer posible que la protección jurídica se extendiera al *nasciturus* y con ello asegurar, a su entender, que cualquier forma de aborto no sería posible en el futuro.

Sin embargo, concluía el Abogado del Estado que aunque la enmienda se había aprobado por mayoría, también se había reconocido por los diversos grupos parlamentarios que con ello no quedaba zanjada la cuestión del aborto. Constataba así que, en ningún momento hubo realmente un debate sobre el aborto, de manera que el propio diputado de UCD, que había explicado el voto de su grupo, decisivo para que se aprobara la enmienda del grupo de Alianza Popular, había explicado que “ninguna de las dos fórmulas que aquí estaban en cuestión, eran una forma abortista”, con lo que evidenció absolutamente la desconexión entre la cuestión del aborto y la alternativa terminológica que se sometió a votación al respecto.

Por último, en lo que respecta a la tesis de que “la realidad social del momento en que ha de ser aplicado el art. 15 de la CE exigía interpretar este artículo como referido al no nacido”, el abogado del Estado concluía que tal aseveración se apoyaba en una serie de escritos de corporaciones, colegios, etc., que realmente establecían sus respectivas opiniones sobre el tema, por lo que consideraba que dichos criterios no debían resultar decisivos.

B) Referente al segundo motivo (vulneración del art. 1.1º de la CE por estimar que el Estado social no se compaginaba con actuaciones negadoras y supresoras de la vida de los nacidos)

El abogado del Estado señalaba que lo cierto era que la cláusula del Estado social dejaba inevitablemente abiertas todas las soluciones al legislador, de tal forma que sólo prohibía una política unívoca y tendencialmente antisocial. En definitiva: no se dudaba de que la vida en gestación era un objetivo protegible, pero la determinación de los medios y de los límites en su aplicación debía ser dominio del legislador. Recordaba finalmente que el TC español había interpretado la cláusula del Estado social como un instrumento de aseguramiento real de los derechos existentes y reconocidos, sin hacer surgir para el Estado deberes que no tuviesen una expresa configuración positiva.

Consideraba inaceptable la tesis de los demandantes de que el Proyecto violaba también la teoría de la división de poderes al invadir el legislador las funciones jurisdiccionales del TC y del orden judicial penal ordinario. En el primer caso, porque la norma cuestionada no pretendía interpretar el art. 15 de la CE, sino establecer unos supuestos de exención de responsabilidad penal. Y en el segundo, porque el Proyecto impugnado se limitaba a introducir una nueva regulación sustantiva en la legislación penal, lo que entraba dentro de sus atribuciones, según resultaba de los arts. 62.2 y 25 de la CE, mientras la función de los jueces consistía en aplicar la ley, "juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado", por lo que no podía decirse que se violaba el art. 117 de la CE, por el hecho de sustraer determinados supuestos de la lista de hechos tipificados como punibles.

C) Referente al tercer motivo (violación del art. 10.2 de la CE, en relación con el 96.1 de la CE que prescribe que las normas relativas a los derechos fundamentales han de interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los acuerdos y tratados internacionales ratificados por España)

Ateniéndonos a los convenios ratificados por España, concluía que en todos se daba una inequívoca identificación entre el derecho a la vida y su titularidad por la persona humana, de manera que la interpretación de los recurrentes carecía de justificación. Además, ninguno de los tratados referidos en la demanda, había sido interpretado por ningún país signatario, ni por ningún organismo supranacional, en el sentido de estimar atentatorio al texto de aquellos a la despenalización del aborto, una

hipótesis que había sido desestimada por las decisiones de Tribunales extranjeros ante quienes se había hecho referencia.

D) Referente al cuarto motivo (vulneración del art. 39.2 y 4 de la CE que imponen a los poderes públicos la protección integral de los hijos y que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos)

Señalaba que toda la argumentación de este motivo partía de considerar las expresiones "hijos" o "niños" como comprensivas del concebido y no nacido, mientras la protección de los hijos o niños, a que se refería el art. 39 de la CE se encontraba indiscutiblemente ligada a la noción de persona.

Por otra parte, respecto a la igualdad de derechos y deberes del marido y de la mujer según el CC, concluía que si la posibilidad del aborto en determinados casos se basaba en la no exigibilidad de otra conducta por parte de la madre, pese al sacrificio que ello suponía del bien jurídico que era la vida en formación, con mayor razón prevalecería aquella no exigibilidad frente a los eventuales derechos del padre, que sólo asumirían, en su caso, un significado instrumental y supeditado a dicho bien jurídico.

E) y F) Relativos a los motivos quinto y sexto (vulneración del art. 53 de la CE, en cuanto a las garantías del derecho fundamental a la vida y al análisis de cada una de las indicaciones)

Quizás sea esta la alegación más importante para valorar la carencia de justificación de la pretendida inconstitucionalidad del Proyecto.

El Abogado del Estado empieza haciendo referencia a varias premisas de las que parte la impugnación de los recurrentes:

1. La equiparación absoluta del feto con la persona nacida sin fundamento alguno en la constitución y, a mayor abundamiento, tampoco en el texto penal vigente ni en la larga serie de los que le han precedido.

2. La desatención absoluta de los derechos de la madre ante la situación del embarazo (cuando esta situación viene caracterizada precisamente por una confluencia de derechos tan intensa que no encuentra parangón en ningún otro supuesto contemplado en el ordenamiento) y el rechazo de la existencia de conflicto entre bienes

jurídicos (afirmando que la vida constituye un valor absoluto, no susceptible de limitación y ante el que deben ceder todos los demás derechos por presuponer todos y cada uno de ellos el derecho a la vida, que sólo se sostiene por una equiparación absoluta de la vida prenatal y la vida del nacido).

3. La consideración de que los supuestos de despenalización del aborto pueden muy bien incluirse en los casos de exención de responsabilidad criminal por estado de necesidad, cuando la ley no puede renunciar a regular la vida social, de modo que definir en la norma penal la culpabilidad de una u otra forma es algo que compete exclusivamente al legislador.

4. El rechazo de la despenalización por temor de que los casos de aborto contenidos en el art. 417 bis del CP constituyan un portillo abierto al aborto libre, una argumentación ajena al objeto del presente recurso que es enjuiciar la constitucionalidad de las indicaciones.

Hechas estas consideraciones previas, el Abogado del Estado pasa a examinar la impugnación concreta de las indicaciones:

Para el caso de conflicto entre la vida de la madre y la del *nasciturus* (indicación terapéutica), los recurrentes señalan, en primer término, que cabe la eximente de estado de necesidad, razonamiento que para el Abogado del Estado, de ser congruente consigo mismo, debiera haber hecho prescindir de la impugnación; a continuación alegan que la exención comprende "casos excepcionales cada vez menos frecuentes" y que hoy existen medios para lograr salvar la vida de la madre y la del hijo, razonamiento que, a juicio del Abogado del Estado, no excluye la razón de ser del precepto, y menos aun demuestra su inconstitucionalidad, puesto que el que la norma haya de tener una aplicación más o menos frecuente no elimina el problema en los casos en que aparezca. En cuanto al caso de conflicto con la salud, el Abogado del Estado se remite a las consideraciones previas, trayendo a colación la doctrina de la "conducta no exigible" que, como los propios demandantes reconocen, es sostenida por la doctrina más moderna como causa de exención de responsabilidad. En definitiva, concluye que las divergencias de los concurrentes en este punto vienen a quedar reducidas a una modesta diferenciación de matiz técnico, que no se ajusta en un recurso de inconstitucionalidad.

Por lo que se refiere a la "indicación ética", recuerda el Abogado del Estado que la demanda se limita también a formular reservas de tipo técnico, si se prescinde del juicio

moral y de las medidas que podrían coadyuvar a evitar el aborto en tales casos. El argumento va más dirigido contra el potencial abuso de la ley que contra la ley misma. Finalmente, sobre el manifiesto de los demandantes de que la indicación ética entraña una violación del art. 15 de la CE al hacer prevalecer el derecho al honor sobre el derecho a la vida, contra argumenta que no es la consideración del derecho al honor de la madre la única motivación de esta indicación, sino que lo es sobre todo la inexigibilidad de otra conducta (forzar a la mujer embarazada por consecuencia de un delito, a vivir perpetuamente vinculada a un hecho indeseado e indeseable es exigir más de lo que es esperable de la conducta humana normal).

En cuanto a la "indicación eugenésica", los recurrentes denuncian como vulnerado el art. 49 de la CE (acción asistencial del Estado) que no está pensando para los concebidos y menos para los graves conflictos de derechos del art. 417 bis del CP. La indicación eugenésica-añade-tiene una evidente conexión con el supuesto primero del art. 417 bis, al no exigir a quien psicológicamente no pueda soportarlo, un embarazo cuyo fruto -con certeza que ofrezcan las modernas técnicas- haya de presentar graves taras físicas o psíquicas.

En conclusión, señala que estos planteamientos no constituyen ninguna originalidad novedosa de doctrina penalista, sino que tienen su plasmación positiva en la vigente legislación penal, por ejemplo el aborto "honoris causa" que ha merecido un tratamiento singular en todas las leyes penales, sujetándose a la más leve de las penas privativas de libertad. Por consiguiente, si para la protección del derecho al honor se minimiza la pena hasta ese grado, mal se puede reprochar la destipificación del delito cuando entran en consideración otros derechos confluentes que revelan un conflicto más grave.

G) Respecto al séptimo motivo (vulneración del art. 9.3º de la CE por violación del principio de seguridad jurídica)

Señalaba que las observaciones formuladas no tenían que ver con el principio de seguridad jurídica, al no discutirse su legalidad formal o su certeza material, sin que se fundara en ellas ninguna objeción directa de inconstitucionalidad.

Entre los argumentos más importantes, mostraba que, por lo que se refería a la expresión "peligro grave para la salud", el concepto de salud era un término empleado en la CE, como el objeto de un derecho protegible, y la aplicación o interpretación del concepto estaba confiada a los órganos encargados de juzgar sobre el derecho. En

cuanto a la violación, decía el delito habría de ser denunciado, y al juez le competía perseguirlo si llegaba a demostrarse su existencia, o en caso contrario, procedería por simulación de delito contra la persona que hubiera fingido su comisión. Entendía que no se desprendía del Proyecto obligación específica para los facultativos, por lo que resultaba ocioso preguntarse sobre la objeción de conciencia. Consideraba que el régimen de la seguridad social respecto al aborto, era una cuestión ajena al recurso. Y, en cuanto a la circunstancia invocada en el motivo cuarto del escrito de ampliación, esto era "el peligro que implica el aborto para la vida y la salud de la madre", decía que no podía negarse que este riesgo era el que la norma trataba de conjurar en la primera de las indicaciones, y en otro caso no sería distinto del de cualquier persona ante una intervención quirúrgica.

3. La Sentencia 53/1985, de 11 de abril, del Tribunal Constitucional español

La Sentencia 53/1985, de 11 de abril, del Tribunal Constitucional español, decidió por mayoría (con el voto disidente de 6 de sus 12 Magistrados) declarar “no conforme” con la CE el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal. El TC no toma esta decisión en razón de los supuestos de aborto despenalizados por el sistema de indicaciones de dicho Proyecto (los cuales expresamente consideró conformes con la CE en el FJ 11), sino más bien por entender que su regulación no cumplía con las exigencias constitucionales emanadas del art. 15 de la CE, resultando por ello vulnerado en los términos y con el alcance que se expresa en el FJ 12 de la misma Sentencia.²²⁴ Es decir, declara inconstitucional el texto del Proyecto sin basarse en la propia inconstitucionalidad de las indicaciones previstas en el mismo, al entender que las indicaciones carecían de garantías suficientes para asegurar una tutela efectiva de la vida del *nasciturus* más allá de los casos permitidos en la futura ley, afirmando expresamente la constitucional del modelo de indicaciones pero condicionada a la introducción de

²²⁴

STC 53/1985, de 11 de abril. Antecedente núm. 7: “Declarar que el Proyecto de Ley Orgánica por el que se introduce el art. 417 bis del Código Penal es disconforme con la Constitución, no en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del art. 15 de la Constitución que resulta por ello vulnerado, en los términos y con el alcance que se expresan en el FJ 12 de la presente Sentencia.”

algunos requisitos formales precisos que a su juicio eran instrumentos de control y delimitación de los casos de aborto permitidos por cada indicación.²²⁵

De esta Sentencia nacen posiciones doctrinales con importantes consecuencias jurídicas para el tratamiento penal del aborto en España (a partir de las cuales sistemáticamente se analizará la Sentencia) como son: el alcance de la protección constitucional del *nasciturus*; las obligaciones del Estado derivadas de la protección constitucional del *nasciturus*; el concepto de vida; la relevancia de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital; el fruto de la gestación visto como un “*tertium*” existencial; la consideración de la vida del *nasciturus* como un bien jurídico protegido en el art. 15 de la CE; la protección jurídica no absoluta de la vida del *nasciturus*; el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona; el hecho de que el legislador pueda, sin perjuicio de las causas genéricas de exención, excluir la punibilidad de forma específica para ciertos delitos; y el reconocimiento expreso de la constitucionalidad de las tres indicaciones contenidas en el Proyecto de Ley.²²⁶

La fundamentación jurídica de la Sentencia inicia señalando que la despenalización del aborto contenida en el Proyecto representa un caso límite en el ámbito del derecho, en primer lugar, porque el vínculo natural del *nasciturus* con la madre fundamenta una relación de especial naturaleza de la que no existe paralelo en ningún otro comportamiento social; y en segundo término, por tratarse de un tema en cuya consideración inciden con más profundidad que en ningún otro, ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales.

No obstante, afirma que si bien no podía menospreciarse la peculiaridad de la relación entre la madre y el *nasciturus*, sí debía abstraerse de todo elemento o patrón de enjuiciamiento que no fuese el estrictamente jurídico, ya que otra cosa sería contradictoria con la imparcialidad y objetividad de juicio inherente a la función jurisdiccional, que no

²²⁵

De ahí que se trate de una Sentencia con singularidades que van más allá de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos contenidos en el Proyecto de Ley, motivo por el cual su fundamentación ha sido muy criticada por los propios Magistrados disidentes de la misma y los penalistas españoles, como veremos más adelante.

²²⁶

Véase al respecto RODRÍGUEZ MOURULLO, División de poderes, 1987, 191 y sigs.

puede atenerse a criterios y pautas, incluidas las propias convicciones, ajenos a los del análisis jurídico.²²⁷

3.1. El alcance de la protección constitucional del *nasciturus*

Si bien esta Sentencia intentó evitar entrar en la discusión doctrinal sobre la interpretación del término “todos” utilizado por el art. 15 de la CE, no pudo dejar de pronunciarse sobre el alcance de la protección constitucional del *nasciturus*.

Para determinar dicho alcance, el FJ 4 efectuaba algunas consideraciones generales sobre la trascendencia del reconocimiento del derecho a la vida dentro del ordenamiento constitucional y el significado y función de los derechos fundamentales “en el constitucionalismo de nuestro tiempo”.²²⁸

Decía la Sentencia que el derecho a la vida estaba reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el art. 15 de la CE, siendo la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional (la vida humana) y constituyendo el derecho fundamental esencial y troncal, sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Entendía además que el derecho a la vida en su dimensión humana estaba indisolublemente relacionado con el “*valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona*” (art. 10 de la CE), como el núcleo de unos derechos “que le son inherentes”. Ambos valores y los derechos que los encarnan son considerados por esta Sentencia como “*el punto de arranque, el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos*”.

Acerca del significado y función de los derechos fundamentales “*en el constitucionalismo de nuestro tiempo*”, inspirado en el Estado Social de Derecho, indica la Sentencia que la doctrina había puesto de manifiesto (en coherencia con los contenidos y estructuras de los ordenamientos positivos) que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado y garantías institucionales, sino también deberes positivos de los poderes públicos (aludiendo los artículos 9.2, 17.4, 18.1 y 4, 20.3 y 27 de la CE). Refiere además que los derechos

²²⁷

En este sentido VIVES ANTÓN, Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional. El problema del aborto consentido, REDC, núm. 15, 1985, 130 y sig. Véase STC 53/1985, FJ 1.

²²⁸

STC 53/1985, FFJJ 3 y 4.

fundamentales son los componentes estructurales básicos del conjunto del orden jurídico objetivo y de cada una de las ramas que lo integran, en fin, como decía el art. 10 de la CE, eran el "*fundamento del orden jurídico y de la paz social*". Así, considera que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que debe ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la CE no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representaban, aun cuando no existía una pretensión subjetiva por parte del ciudadano.²²⁹

Considera la Sentencia que la obligación positiva del Estado de contribuir a la efectividad de los derechos fundamentales (FJ 4) responde a la doctrina sentada por este propio TC (STC de 8 de abril de 1981), que entiende por "contenido esencial" de un derecho fundamental todo lo que resulta necesario para hacerlo reconocible como perteneciente al tipo abstracto delimitado por su *nomen iuris* y, también, en una perspectiva convergente, todo lo necesario para que el derecho permita al titular la satisfacción de los intereses jurídicamente protegidos. Esto es, el respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales en los términos del art. 53.1 de la CE, referente a la reserva de ley.²³⁰

229

En este sentido VIVES ANTÓN, Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional. El problema del aborto consentido, REDC, núm. 15, 1985, 131: "La sentencia alude, en tal sentido, a las prescripciones de los artículos 9.2, 17.4, 18.1 y 4, 20.3 y 27 de la Constitución y afirma, en términos generales, que la obligación positiva por parte del Estado de contribuir a la efectividad de tales derechos adquiere especial relevancia «allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa»."

230

Textualmente dice el art. 53.1 de la CE: "*Los derechos y las libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a.*" Asimismo indica el art. 161.1.a de la CE: "*El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.*"

3.2. El concepto de vida, la relevancia de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y el fruto de la gestación visto como un “*tertium*” existencial

En cuanto al concepto de vida, la Sentencia señala que la vida humana es un concepto indeterminado, en cuya evaluación y discusión no se podía ni se tenía que entrar, pero que no siendo posible resolver constitucionalmente el recurso sin partir de una noción de la vida que sirviera de base para determinar el alcance del art. 15 de la CE, desde el punto de vista de la cuestión planteada, bastaba con precisar que:

A) La vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tiene un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital.

B) La gestación genera un “*tertium*” existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de esta.

C) De los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital (partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación) tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significaba el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad; y previamente al nacimiento, tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el *nasciturus* es susceptible de vida independiente de la madre.

3.3. La vida del *nasciturus* como bien jurídico protegido en el artículo 15 de la Constitución española

Una de las cuestiones más importantes de esta Sentencia es la consideración de la vida del *nasciturus* como un bien jurídico protegido en el art. 15 de la CE.

El TC entiende que si la CE protege la vida no puede desprotegerla en aquella etapa que forma parte del proceso de desarrollo de la vida independiente que se desarrolla dentro del claustro materno. De modo que la vida del *nasciturus*, en cuanto encarnaba el valor fundamental de la vida humana (garantizado en el art. 15 de la CE),

constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto su fundamento constitucional.²³¹

Según la Sentencia, a esta conclusión también se llega analizando los debates parlamentarios en torno a la elaboración del mencionado art. 15 de la CE²³², que corroboraban que el *nasciturus* estaba protegido por dicho precepto, aún cuando no fuese titular del derecho fundamental a la vida.²³³ He aquí una diferencia clara entre la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 25 de febrero de 1975 y la Sentencia española que nos ocupa. La primera, además de pretendidamente literal, hizo una lectura antiabortista de los antecedentes históricos relativos a la elaboración de la Constitución alemana; la española, por el contrario, destaca no sólo la ambigüedad del término “todos” en los debates del constituyente, sino también la inadmisibilidad de la tesis del recurso contra la regulación despenalizadora.²³⁴

²³¹

Al respecto RODRÍGUEZ MOURULLO, División de poderes, 1987, 191. Asimismo, STS 53/1985, FJ 5.

²³²

STC 53/1985, FJ 5: “En el Pleno del Congreso fue defendida una enmienda -aprobada por mayoría- que proponía utilizar el término «todos» en sustitución de la expresión «todas las persona» -introducida en el seno de la Comisión para modificar la primitiva redacción del precepto en -el Anteproyecto por estimar que era «técnicamente más correcta»- con la finalidad de incluir al *nasciturus* y de evitar, por otra parte, que con la palabra «persona» se entendiera incorporado el concepto de la misma elaborado en otras disciplinas jurídicas específicas, como la Civil y la penal. que de otra forma, podría entenderse asumido por la Constitución. La ambigüedad del término “todos” en la expresión «todos tienen derecho a la vida» no fue despejada, sin embargo, durante los debates por lo que se refiere a la extensión de la titularidad del derecho, pero en cualquier caso, como señaló el defensor de la enmienda, constituía una fórmula abierta que se estimaba suficiente para basar en ella la defensa del *nasciturus*. El precepto fue aprobado posteriormente en el senado por 162 votos a favor, ninguno en contra y 2 abstenciones. En definitiva, el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el *nasciturus* está protegido por el art. 15 de la Constitución, aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental.”

²³³

En cuanto a la alegada titularidad del *nasciturus* respecto del derecho a la vida del art. 15 de la CE por los recurrentes, en virtud no sólo de los mencionados debates parlamentarios acerca de la inclusión del *nasciturus* en el término “todos” del art. 15 de la CE, sino también de la interpretación sistemática de la Constitución, así como de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, a que remite el art. 10.2 de la CE para la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades en ella reconocidos, la sentencia concluía que no existía fundamento suficiente en apoyo de esta tesis, en definitiva, que los argumentos aducidos por los recurrentes no podían estimarse para fundamentar la tesis de que al *nasciturus* le correspondía también la titularidad del derecho a la vida, pero, en todo caso, y ello era lo decisivo para la cuestión objeto del recurso, que la vida del *nasciturus*, de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos de esta sentencia, era un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de la CE. En este sentido STC 53/1985, FFJJ 6 y 7.

²³⁴

En este sentido RUIZ MIGUEL, El aborto, 1990, 92.

Según LAURENZO COPELLO, para llegar a esta conclusión, el TC parece interpretar de manera detallada el contenido y alcance del art. 15 de la CE y, por ende, del derecho fundamental a la vida. Así, considera que la vida humana anterior al nacimiento no entra en el contenido del derecho a la vida amparado por el art. 15 de la CE, sino que es un bien jurídico constitucionalmente protegido por esta norma, toda vez que la vida humana es un proceso que se inicia con la gestación y termina con la muerte, siendo absurdo desprotegerla en la etapa fetal o embrionaria. La categoría de bien jurídico constitucional que se le confería a la vida del *nasciturus* implicaba para el Estado una obligación de protección para la vida del *nasciturus*, cuya última garantía son las normas penales. De modo que recurrir a la ley penal no debe ser la única ni la preferente forma de proteger la vida del *nasciturus*, sino que el ordenamiento jurídico español debe contener con claridad una estrategia legal dirigida a la protección efectiva de esta vida, que si bien en alguna medida alcanzara el Derecho penal, no recurriera exclusivamente a este.²³⁵

VIVES ANTÓN se muestra bastante crítico con la consideración que hacía la STC 53/1985 sobre la vida prenatal como bien jurídico constitucional y con la aplicación al mismo de un deber de protección estatal. Entiende que el *nasciturus* no es, al menos por sí mismo y de modo directo, un bien jurídico constitucional, porque la Constitución proclama el derecho fundamental de las personas a la vida, con lo que reconoce como valor la vida de las personas. De modo que la CE dice lo que dice y protege lo que protege y nada más, además, que un derecho fundamental es un derecho fundamental, y un bien jurídico constitucional que no se halle configurado como derecho no lo es, y en consecuencia, no cabe aplicarle el régimen jurídico que le correspondería si lo fuera.²³⁶

3.4. Las obligaciones del Estado derivadas de la protección constitucional del *nasciturus*

Continúa la Sentencia destacando las obligaciones generales del Estado derivadas de la protección constitucional del *nasciturus*: abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación; y establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales. No obstante, se

²³⁵ En este sentido LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 23.

²³⁶ VIVES ANTÓN. Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional. El problema del aborto consentido, REDC, núm.15, 1985, 145 y sig.

reconoce que la protección jurídica de la vida humana en formación no reviste carácter absoluto.²³⁷

3.5. El carácter no absoluto de la protección jurídica de la vida del *nasciturus*

Afirma la Sentencia que si bien la protección efectiva de la vida anterior al nacimiento es una obligación del Estado, ello no supone una protección absoluta de la misma. (FJ7). De este modo, deja abierta la posibilidad de dar preferencia a otros bienes jurídicos igualmente protegidos por la Constitución, en aquellos casos en que entran en conflicto con algunos intereses o derechos fundamentales de la mujer embarazada (como la vida, la salud, la libertad o la dignidad), cuyo amparo no dejaba más opción que la realización del aborto. Ante estas situaciones de conflicto, el ordenamiento jurídico debía decidir a favor de alguno de los bienes enfrentados, basándose en el principio de ponderación de bienes, sin que en ningún caso pudiera permitirse la preferencia general y absoluta de alguno de los intereses en juego.

Quedaba claro que la legalidad de cualquier sistema de despenalización del aborto dependía de la desprotección penal de la vida en gestación organizada por el principio de ponderación de bienes, sin suponer la desprotección absoluta de la misma por parte del ordenamiento jurídico.

3.6. El valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona

Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de esta, la Sentencia pasaba a considerar el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, que la CE había elevado también a valor jurídico fundamental. La dignidad humana, que sin perjuicio de los demás derechos que le son inherentes, se vincula íntimamente con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la CE) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15 de la CE), a la libertad de ideas y creencias (art. 16 de la CE), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1 de la CE).

Dice la Sentencia que si bien la dignidad se reconocida a todas las personas, la especificidad de la condición femenina y la concreción de los derechos aludidos en el

²³⁷ STC 53/1985, FJ 7.

ámbito de la maternidad pueden provocar una serie de conflictos con la protección otorgada a la vida del *nasciturus*, que no pueden solucionarse tan sólo a favor de los derechos de la mujer o tan sólo a favor de la protección de la vida del *nasciturus*, pues cualquier prevalencia supondría la desaparición de un bien no sólo constitucionalmente protegido sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional. En definitiva, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes jurídicos en conflicto, de ser posible, o bien, debe precisar las circunstancias bajo las cuales se puede admitir el aborto mediante la prevalencia de uno de ellos;²³⁸ siendo el TC el encargado de verificar si el legislador ha calibrado la situación de acuerdo con ese orden.²³⁹

3.7. La posible exclusión específica de la punibilidad

La Sentencia entra aquí a examinar el Proyecto de Ley en sí, para juzgar la presunta inconstitucionalidad de los supuestos de impunidad del aborto en él contenidos.

Empieza indicando que el legislador puede, sin perjuicio de las causas de exención, excluir la punibilidad para ciertos delitos.

Recuerda que el legislador parte de una normativa preconstitucional que utiliza el Derecho penal como forma de protección de la vida del *nasciturus* (artículos 411 a 417 del CP), limitándose a declarar no punible el aborto en determinados supuestos: las indicaciones terapéutica, ética y eugenésica (FJ 2).

Explica que las causas de exención de la responsabilidad (art. 8 del CP), tienen una aplicación general respecto de los delitos sancionados en el CP, y por tanto, también podían respecto del delito de aborto (artículos 411 y siguientes del CP). Reconoce que le está constitucionalmente permitido al legislador utilizar una técnica diferente, mediante la cual se excluya la punibilidad para ciertos delitos de forma específica, tal era el caso de los supuestos de conflicto entre la vida del *nasciturus* y los derechos de la mujer relativos a valores constitucionales de muy relevante significación (como la vida y la dignidad de la mujer), una situación que no tiene comparación con otra dada la especial relación del feto y la madre, así como la confluencia de bienes y derechos constitucionales en juego.

²³⁸ STC 53/1985, FJ 8.

²³⁹ En este sentido VIVES ANTÓN, Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional. El problema del aborto consentido, REDC, núm. 15, 1985, 134.

La Sentencia añade que el legislador puede renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pueda representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siguiera subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos. Es decir, debe tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento.²⁴⁰

En definitiva, el FJ 9 reconoce, con carácter general, que la punibilidad del aborto puede retroceder tanto en función de una ponderación de bienes, cuando la vida del *nasciturus* colisiona con otros derechos constitucionales de la mujer de muy relevante significación, como la vida, la integridad física y moral, etc., como en virtud del principio de no exigibilidad de una conducta adecuada a la norma, cuando el cumplimiento de esta, objetivamente, pudiera representar una carga insoportable en ciertos supuestos concretos.²⁴¹ De esta manera, la Sentencia admite tácitamente la legalidad y por ende la constitucionalidad de las indicaciones dispuestas en el Proyecto de Ley.²⁴²

240

RODRÍGUEZ MOURULLO, División de poderes, 1987, 192: “El anterior cuerpo de doctrina, que la Sentencia contiene en sus fundamentos jurídicos, tiene evidente trascendencia para el tratamiento penal del aborto. Por de pronto, parece claro que tal doctrina resulta incompatible con el denominado sistema del plazo, según el cual si el aborto se ejecuta dentro de un determinado límite temporal –que se suele fijar en la decimosegunda semana del embarazo- se considera lícito y se autoriza siempre que la mujer lo haya solicitado oportunamente, sin necesidad e alegar razón alguna para ello. Los partidarios de este sistema advierten que no pretenden dejar sin protección la esperanza de vida durante un cierto período de tiempo, sino que estiman que la pena no es el medio adecuado para proceder a tal protección durante el plazo indicado. Aún contando con dicha salvedad, dicho sistema no puede armonizarse con la doctrina de la Sentencia...”

241

En este sentido RODRÍGUEZ MOURULLO, División de poderes, 1987, 193.

242

VIVES ANTÓN, Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional. El problema del aborto consentido, REDC, núm. 15, 1985, 134: “El doble juego de consideraciones efectuadas anteriormente arroja como resultado la legitimidad constitucional de los tres supuestos de despenalización a que el proyecto alude. No vale la pena reproducir un razonamiento obvio; pero merece destacarse que a la misma conclusión podría llegarse si se hubiera otorgado al feto un derecho a la vida semejante al del nacido, o si se hubiesen establecido las indicaciones de referencia respecto de personas nacidas colocadas en una situación análoga a aquella en que se halla el producto de la concepción: piénsese, al efecto, en el caso propuesto por J. Jarvis Thomson, en que una persona va adulta se encuentra, respecto de otra, en la misma posición que el feto respecto de su madre y en la problemática que suscita.” Las consideraciones a que hacía referencia VIVES ANTÓN eran, en primer lugar, que los derechos fundamentales representaban un orden objetivo de valores, del que eran expresión, de manera que el juez constitucional debía de verificar si el legislador había calibrado la situación que intentaba regular de acuerdo con ese orden y para ello había de realizar una ponderación de valores en juego; y en segundo lugar, que el legislador podía renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, al

Respecto a la vulneración del art. 9.3 de la CE, relativo al principio de seguridad jurídica,²⁴³ el TC consideró que, aún cuando tales términos pueden contener un margen de apreciación, ello no los transforma en conceptos incompatibles con la seguridad jurídica.

Sobre el término “necesario” que utiliza el apartado 1 del art. 417 bis del CP en el Proyecto, dice que sólo puede interpretarse en el sentido de que se produjese una colisión entre la vida del *nasciturus* y la vida o salud de la embarazada que no pueda solucionarse de ninguna otra forma.

En el supuesto de grave peligro para la salud, entiende que el término “grave” expresa con claridad un peligro de disminución importante de la salud con permanencia en el tiempo, mientras que el término “salud” se refiere tanto a la salud física como psíquica, como demostraron los debates parlamentarios.

Respecto al término “probable” del apartado 3 del art. 417 bis, el TC entiende que expresa la idea de una razonable presunción de verdad, y responde, como apunta el Abogado del Estado, a la presumible prudencia de los dictámenes médicos en los que los términos absolutos de seguridad o certeza suelen quedar excluidos, sin que en este caso la sustitución de un concepto jurídico indeterminado por otro, pudiera contribuir a una mayor precisión en el supuesto de hecho. En lo relativo al término “grave”, entendía que expresaba, de un lado, la importancia y profundidad de la tara y, de otro, su permanencia en el tiempo.²⁴⁴

3.8. El reconocimiento expreso de la constitucionalidad de las indicaciones

El FJ 11 efectúa el examen de constitucionalidad de cada uno de los supuestos de impunidad del aborto suscritos por el Proyecto, reconociendo expresamente su constitucionalidad.

existir situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la ley resultaría totalmente inadecuado.

²⁴³

Los recurrentes alegaban que no podía conocerse el alcance de los supuestos previstos por el legislador, dada la imprecisión de alguno de los términos que este utilizaba, lo que, a su juicio, vulneraba el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 de la CE. Véase supra 1^a, II, 2.1.

²⁴⁴

Cfr. STC 53/1985, FJ 10.

Respecto al apartado 1 del art. 417 bis del CP en el Proyecto (grave peligro para la vida o la salud de la embarazada), entiende que coexisten dos indicaciones que es necesario distinguir: por una parte el grave peligro para la vida de la embarazada y por otra el grave peligro para su salud.

En el caso de grave peligro para la vida de la madre, señala que el conflicto se plantea entre el derecho a la vida de la madre y la protección de la vida del *nasciturus*, destacando que si la vida del *nasciturus* se protegiera incondicionalmente, se protegería más la vida del no nacido que la vida del nacido, y se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida, lo que rechazaban también los recurrentes, aunque lo fundamentasen de otra manera. Por consiguiente, este Tribunal considera constitucional la prevalencia de la vida de la madre.

En cuanto al supuesto de “grave peligro para la salud de la embarazada”, el TC sostuvo que al afectar seriamente a su derecho a la vida y a la integridad física, la prevalencia de la salud de la madre tampoco resultaba inconstitucional, máxime teniendo en cuenta que la exigencia del sacrificio importante y duradero de su salud bajo la conminación de una sanción penal podía estimarse inadecuada de acuerdo con las consideraciones contenidas en el FJ 9.

A efectos de la indicación ética (apartado 2 del art. 417 bis), es decir, cuando el embarazo es consecuencia de un delito de violación y siempre que el aborto se practique dentro de las 12 primeras semanas de gestación), el TC considera que basta con considerar que la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto contrario a la voluntad de la mujer y realizado venciendo su resistencia (con violencia), lesionando en grado máximo su dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad, y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal. En consecuencia, entiende que obligarla a soportar un embarazo a consecuencia de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible. Explica que la dignidad de la mujer no permite considerarle mero instrumento de procreación, de modo su consentimiento es necesario para asumir un compromiso u obligación como es el embarazo y la maternidad que afectaría profundamente la vida de la madre en todos los sentidos. Por ello, considera que esta indicación no puede estimarse contraria a la Constitución.

Respecto a la indicación eugenésica (apartado 3 del art. 417 bis), relativa a la probable existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto, el TC sostuvo que el

fundamento de este supuesto, que incluye verdaderos casos límite, se encuentra en la consideración de que el 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. Así, el Tribunal tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres ante estas circunstancias, y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar las necesidades asistenciales que requiere un hijo con problemas físicos o psíquicos importantes. Del mismo modo, el Tribunal busca eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del futuro hijo en el caso de que sobreviva. Por tanto, en virtud de las razones expuestas, la Sentencia declara que este supuesto no es inconstitucional.

En conclusión, hasta aquí la Sentencia declara que los supuestos de despenalización del aborto incluidos en las indicaciones del art. 417 bis del CP en el Proyecto de Ley eran constitucionales. No obstante, como veremos a continuación, a partir del FJ 12 de la Sentencia el TC examina la inobservancia de las exigencias constitucionales del art. 15 de la CE por parte de las indicaciones suscritas en el Proyecto de Ley.

3.9. El incumplimiento de las exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 de la Constitución española

El FJ 12 de la Sentencia resulta de gran importancia, en tanto muestra los términos y el alcance del incumplimiento de las exigencias constitucionales por parte de las indicaciones recogidas en el art. 417 bis del CP en el Proyecto de Ley, derivadas del art. 15 de la CE, después de que la misma Sentencia haya reconocido expresamente la constitucionalidad de las indicaciones dispuestas en el Proyecto de Ley (FJ 11).

El Tribunal entiende que, en tanto el Proyecto de Ley viene a delimitar el ámbito de protección penal del *nasciturus*, mediante la declaración de impunidad del aborto en determinados supuestos en razón de la protección de derechos constitucionales de la mujer y de las circunstancias concurrentes en determinadas situaciones, es necesario examinar si la regulación contenida en el art. 417 bis del CP recogida en el Proyecto, garantiza competentemente el resultado de la ponderación de los bienes y derechos en conflicto realizada por el legislador. Es decir, que no se produzca la desprotección del *nasciturus* fuera de las situaciones previstas en las indicaciones, ni se desprotejan los derechos a la vida y a la integridad física de la mujer, evitando así que el sacrificio del

nasciturus, en su caso, comporte innecesariamente el de otros derechos constitucionalmente protegidos. Todo ello, en virtud de la obligación del Estado de garantizar la vida, incluida la del *nasciturus* (art. 15 de la CE), mediante un sistema legal que suponga una protección efectiva de la misma, lo que exige, en la medida de lo posible, garantías necesarias para que la eficacia de dicho sistema no disminuya más allá de lo que exige la finalidad del nuevo precepto despenalizador.²⁴⁵

Si bien la Sentencia considera que el legislador no ha sido ajeno a esta preocupación, al establecer en el mismo Proyecto de Ley determinadas medidas de garantía (requisitos) para comprobar los supuestos de impunidad,²⁴⁶ al examinar si dichas medidas de garantía eran suficientes para considerar que la regulación del Proyecto cumplía con las exigencias constitucionales derivadas del art. 15 de la CE, este Tribunal llega a la conclusión de que efectivamente no lo eran.

En el aborto terapéutico, la requerida intervención de un médico para practicar la interrupción del embarazo sin prever dictamen médico alguno, es considerada insuficiente. Concibe que la protección del *nasciturus* debiera exigir, de forma similar a lo previsto en el supuesto de aborto eugenésico, la comprobación de la existencia del supuesto de hecho se realizase con carácter general por un médico de la especialidad correspondiente, que dictaminase sobre las circunstancias que concurren en dicho supuesto.

En el aborto terapéutico y eugenésico, la Sentencia entiende que la comprobación del supuesto de hecho, por su naturaleza, debe realizarse obligatoriamente con anterioridad a la realización del aborto y, dado que de llevarse este a cabo, se ocasionaría un resultado irreversible. De modo que el Estado no puede desinteresarse de dicha comprobación, del mismo modo que tampoco puede desinteresarse de la realización del aborto, teniendo en cuenta el conjunto de bienes y derechos implicados (vida del *nasciturus* y vida y/o salud de la madre). El TC ultima que el legislador debe prever que la comprobación del supuesto de hecho en los casos del aborto terapéutico y eugenésico,

²⁴⁵ STC 53/1985, FFJJ 4 y 7.

²⁴⁶ Por ejemplo, con carácter general, que el aborto fuese practicado por un médico con el consentimiento de la mujer; con carácter específico, para el supuesto de aborto ético, requiere denunciar la violación, para el aborto eugenésico, que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que realice el aborto.

así como la realización del aborto, se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto, o bien que el legislador deba adoptar cualquier otra solución que estime oportuna dentro del marco constitucional a tales efectos.

En el aborto ético, el Tribunal entiende que la comprobación del supuesto de hecho presenta graves dificultades objetivas, o sea, la comprobación judicial del delito de violación con anterioridad a la interrupción del embarazo. Esto porque el tiempo que pueden requerir las actuaciones judiciales entra en colisión con el plazo máximo dentro del cual puede practicarse el aborto. Por ello, el TC considera que la denuncia previa requerida por el Proyecto de Ley es suficiente para dar cumplimiento a la exigencia constitucional respecto a la comprobación del supuesto de hecho. Declara el TC que las exigencias constitucionales no quedarían incumplidas en este caso si el legislador decide excluir a la embarazada de entre los sujetos penalmente responsables en caso de incumplimiento de los requisitos, dado que su fundamento último es el de hacer efectivo el deber del Estado de garantizar que la realización del aborto se lleve a cabo dentro de los límites previstos por el legislador y en las condiciones médicas adecuadas para salvaguardar el derecho a la vida y a la salud de la mujer embarazada.

Para finalizar, la Sentencia realiza una de las consideraciones más criticadas de este pronunciamiento: “Finalmente, como es obvio, el legislador puede adoptar cualquier solución dentro del marco constitucional, pues no es misión de este Tribunal sustituir la acción del legislador, pero sí lo es, de acuerdo con el artículo 79.4.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, indicar las modificaciones que a su juicio, -y sin excluir otras posibles- permitieran la prosecución de la tramitación del Proyecto por el órgano competente.”

Innegablemente (según la Sentencia “como es obvio”) el legislador puede adoptar cualquier solución dentro del marco constitucional para obtener la constitucionalidad del Proyecto en cuestión, porque legítimamente una de sus funciones principales es disponer las leyes de manera que las mismas sean constitucionales, bien desde el principio o bien a partir de un recurso de inconstitucionalidad que así lo requiera.

Sin embargo, lo verdaderamente asombroso es que el Tribunal afirme que no es misión suya sustituir la acción del legislador, pero sí lo es, de acuerdo con el art. 79.4.b) de la LOTC, indicar las modificaciones que a su juicio, y sin excluir otras posibles, permitan la prosecución de la tramitación del Proyecto de Ley por el órgano competente.

El art. 79.4.b) de la LOTC señala que en caso de declararse la inconstitucionalidad del texto impugnado, el TC debe concretar dicha inconstitucionalidad y los preceptos constitucionales infringidos, en cuyo caso, la tramitación del proyecto no puede proseguir hasta tanto tales preceptos fuesen suprimidos o modificados por el órgano competente, es decir, por el legislador positivo²⁴⁷ Al respecto, RODRÍGUEZ MOURULLO cita los votos particulares de los Magistrados DíEZ-PICAZO y AROZAMENA SIERRA. En el primero se dice que el art. 79.4.b de la LOTC no autoriza la tesis de que sea función del TC colaborar en la función legislativa, orientarla o perfeccionarla. El segundo expresa que el mismo artículo no autoriza al TC a indicar las modificaciones que a su juicio, sin excluir otras posibles, permitieran la prosecución del proyecto por el órgano competente, ni esto concuerda con los principios que rigen la relación entre jurisdicción constitucional y legislación.²⁴⁸

No obstante, el TC condiciona la constitucionalidad del Proyecto de Ley a la introducción de ciertos requisitos formales precisos, expresamente indicados por él mismo. De manera que, aunque el Tribunal afirme que no es misión suya sustituir la acción del legislador, realmente sí está sustituyendo la acción del legislador al disponer los requisitos formales que condicionan la constitucionalidad del Proyecto. Si bien tales requisitos podían entenderse como reflexiones críticas encontradas, el hecho que las hubiese realizado el propio TC en la Sentencia que debía pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del Proyecto, hace concluir que el TC se ha excedido en el ejercicio de sus funciones, yendo más allá de sus competencias como órgano controlador de la constitucionalidad, e invadiendo la función legislativa del legislador positivo.²⁴⁹ La correcta actuación del TC debía haber sido expresarle al legislador en qué manifestaciones se contraponía a la CE el Proyecto, pero de ningún modo marcarle que debía agregar al Proyecto para que resultase constitucional. Así lo

²⁴⁷

El art. 79.4.b) de la LOTC establecía textualmente: *“Si, por el contrario, declara la inconstitucionalidad del texto impugnado, deberá concretar ésta y el precepto o preceptos constitucionales infringidos. En este supuesto, la tramitación no podrá proseguir sin que tales preceptos hayan sido suprimidos o modificados por el órgano competente.”*

²⁴⁸

RODRÍGUEZ MOURULLO, División de poderes, 1987, 189.

²⁴⁹

En este sentido RODRÍGUEZ MOURULLO, División de poderes, 1987, 189: *“Desde la perspectiva constitucional estimo que son acertadas las observaciones críticas que, expuestas con unas u otras palabras pero en el fondo coincidentes, formularon los Magistrados disidentes en sus respectivos votos particulares, en el sentido de que el Tribunal Constitucional rebasó la función que tiene atribuida en los juicios de inconstitucionalidad.”*

reconoce el Magistrado Tomás y Valiente en su voto particular, al indicar que el TC se convierte así en legislador positivo.²⁵⁰ También los Magistrados La Torre y Díez de Velasco que consideran inaceptable la conclusión de que el TC pudiera actuar como legislador positivo en contra de la naturaleza de su función.²⁵¹ De manera que como entendía el Magistrado Rubio Llorente, con esta decisión el TC traspasa los límites propios de su jurisdicción constitucional e invade la competencia que le otorga la CE al legislador, vulnerando el principio de separación de poderes, inherente a la idea de Estado de Derecho.²⁵²

En conclusión, el juicio de inconstitucionalidad lo deriva la Sentencia de la falta de garantías relativas a la comprobación de la existencia de los supuestos de hecho, y no de los supuestos en sí mismos, cuya constitucionalidad, como hemos visto anteriormente, reconocía expresamente.

Como señala RODRÍGUEZ MOURULLO parece que la STC 53/1985 no tuvo en cuenta la verdadera naturaleza y finalidad del Proyecto de Ley, pues no se trataba de una hipotética reglamentación administrativa del aborto punible y no punible, sino de una Ley de reforma del CP que señalaba la punibilidad del aborto con carácter general, y su impunidad en determinados supuestos predeterminados claramente a partir del modelo de las indicaciones. De modo que el TC no debió ir más allá de la declaración de constitucionalidad de las indicaciones dispuesta en el FJ 11 de la Sentencia, pues como indicaba el Magistrado Díez Picazo en su voto particular, resulta difícil entender constitucionalmente, que una conducta sea punible o deje de serlo por el número de médicos intervinientes en el aborto o por el lugar en que se realice el mismo.²⁵³

3.10. El consentimiento del padre en el aborto terapéutico y ético

El FJ 13 de la Sentencia analiza la cuestión del consentimiento en los supuestos de aborto terapéutico y ético del art. 417 bis del CP del Proyecto. Al alegato de los recurrentes de que el consentimiento no debe corresponder únicamente a la madre,

²⁵⁰ Véase STC 53/1985. votos particulares a la Sentencia de los Magistrados Tomás y Valiente, Latorre, Rubio Llorente y Díez de Velasco.

²⁵¹ Véase STC 53/1985, votos particulares a la Sentencia de los Magistrados La Torre y Díez de Velasco.

²⁵² En este sentido STC 53/1985, voto particular a la Sentencia del Magistrado Rubio Llorente.

²⁵³ En este sentido RODRÍGUEZ MOURULLO, División de poderes, 1987, 189 y sig.

excluyendo la participación del padre, por vulnerar el art. 39.3 de la CE, el TC contesta que la solución del legislador no es inconstitucional dado que la peculiar relación entre la embarazada y el *nasciturus* hace que la decisión afecte primordialmente a la mujer. De este modo, la Sentencia rechaza sin más argumentación que la especificidad de la relación de la embarazada con el *nasciturus* es suficiente para aceptar la constitucionalidad de la exclusión del consentimiento paterno en los supuestos de aborto indicado.²⁵⁴

3.11. La objeción de conciencia, el consentimiento de la mujer menor de edad o sometida a tutela y la inclusión del aborto en el régimen de la Seguridad Social

Por último, el FJ 14 se ocupa de varias cuestiones alegadas por los recurrentes: que el Proyecto no contenía previsión alguna sobre las consecuencias que la norma penal originaría en otros ámbitos jurídicos tales como la objeción de conciencia; el procedimiento a través del cual prestaría el consentimiento la mujer menor de edad o sometida a tutela; y a la inclusión del aborto dentro del régimen de la Seguridad Social.

El TC expone que si bien la regulación de tales cuestiones puede revestir singular interés, todas ellas son ajenas al enjuiciamiento de la constitucionalidad del Proyecto, que debía circunscribirse a la norma penal impugnada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 79 de la LOTC.

No obstante, en lo referente al derecho a la objeción de conciencia, la Sentencia señala que este derecho existe y puede ejercerse, con independencia de que se hubiese dictado o no una regulación del mismo en el Proyecto, al formar parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa del art. 16.1 de la CE, y que, como había indicado este mismo TC en diversas ocasiones, la CE era directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales.

Afirmaré ahora que si bien la falta de regulación del derecho a la objeción de conciencia en el Proyecto es una cuestión ajena a la constitucionalidad o

²⁵⁴

Véase VIVES ANTÓN, Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional. El problema del aborto consentido, REDC, núm. 15, 1985, 135: “En el mismo sentido se había pronunciado la Comisión Europea de Derechos Humanos, en la Decisión de 13 de mayo de 1980, que se cita en la sentencia para otros fines (FJ número 27).”

inconstitucionalidad del mismo, una fundamentación tan amplia sobre esta cuestión permite concebir que cualquier médico o empleado sanitario se puede negar por razones de conciencia a practicar un aborto o a participar en él o en cualquier actividad orientada a la práctica de la interrupción del embarazo, lo que repercute negativamente a la hora de garantizar el acceso efectivo a esta prestación sanitaria.

Al mismo tiempo, ha sido una pena que el TC no haya aprovechado la ocasión para pronunciarse específicamente sobre este derecho, toda vez que la Ley de Libertad Religiosa, encargada de desarrollar el derecho a la libertad religiosa y de culto y por ende el de la objeción de conciencia, es bastante imprecisa ante la utilización de múltiples conceptos jurídicos indeterminados a la hora de establecer los límites del derecho a la libertad religiosa o de culto.²⁵⁵

Respecto a la forma de prestar consentimiento la menor o incapaz, la Sentencia únicamente señala que debe aplicarse la regulación establecida por el derecho positivo al respecto, sin perjuicio de que el legislador pueda valorar que la normativa existente es inadecuada desde la perspectiva de la norma penal cuestionada.²⁵⁶

4. *La Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, que incorpora el sistema de indicaciones*

Tras la STC 53/1985, el Gobierno introduce en el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del artículo 417 bis del Código Penal de 1983, las modificaciones acordes con las exigencias o recomendaciones de constitucionalidad establecidas por esa Sentencia. Nace así la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, que incorpora el art. 417 bis del CP e introduce por primera vez en el Derecho positivo español la despenalización parcial del aborto mediante el sistema de indicaciones.

²⁵⁵

Un ejemplo de la fórmula utilizada por la Ley de Libertad Religiosa a la hora de establecer los límites de la libertad religiosa y de culto es el art. 3.1 que decía: *“El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”*.

²⁵⁶

Al respecto VIVES ANTÓN, Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional. El problema del aborto consentido, REDC, núm. 15, 1985, 135.

Esta Ley declaraba la impunidad de la interrupción del embarazo en tres supuestos excepcionales (indicación terapéutica, eugenésica y ética), de modo que el aborto seguía constituyendo delito, salvo cuando era preciso para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, cuando el embarazo era resultado de un delito de violación, o cuando se presumía que el feto habría de nacer con graves taras físicas o psíquicas.

La nueva Ley no contemplaba la indicación económico-social (llamada por la doctrina “cuarto supuesto”), dando lugar a uno de los modelos de despenalización del aborto más restrictivos de los países europeos.²⁵⁷ La indicación socioeconómica suponía la aplicación del aborto cuando dada la situación social o económica de la mujer o las cargas que comportaría proseguir con el embarazo y la maternidad, superaban notablemente las de un embarazo normal.

El art. 417 bis del CP presentaba dos apartados. El primero preveía la regulación de las tres indicaciones (terapéutica, criminológica y eugenésica) con ciertos requisitos; y el segundo admitía una eximente personal únicamente para la mujer aún cuando no se observasen ciertos requisitos del apartado primero. Este precepto establecía literalmente:

“1. No será punible el aborto practicado por un médico o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

1ª Que sea necesario evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso

²⁵⁷

No existía justificación alguna para ello, lo que hacía presumir que se debía a las dificultades que tuvo esta disposición para ser aprobada en España.

2ª Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del art. 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3ª Que se presuma 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 dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada, aún cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos.”

La indicación terapéutica del apartado 1, inciso 1º, mostraba el mismo supuesto que antes de la entrada en vigor de esta Ley se había contemplado dentro de la causa de justificación del estado de necesidad.²⁵⁸

Por su parte, la indicación ética del apartado 1, inciso 2º, supuso un significativo fortalecimiento para la libertad de la mujer, en tanto le brindaba la posibilidad de abortar legalmente cuando el embarazo era resultado de una violación. Si bien el amparo para la libertad de la mujer resultaba doble en este supuesto, por un lado por la libertad de abortar y por otro por el propio hecho de la violación, parecía ingrato que este supuesto de aborto impune no hubiese contemplado otros casos semejantes a la violación como el incesto o el estupro.

La indicación eugenésica del apartado 1, inciso 3º, al igual que la indicación ética, defendía la libertad de la mujer embarazada al brindarle la opción de abortar cuando se presumía que el feto habría de nacer con graves taras físicas o psíquicas.

En cualquier caso, la licitud del aborto dependía del cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos que daban forma a cada indicación. Dichos requisitos garantizaban la protección de todos los bienes jurídicos en juego, asegurando así la efectiva

²⁵⁸ Véase supra 1ª, I, 3.

conurrencia de cada supuesto de impunidad tal y como lo había contemplado el legislador.

Los requisitos en cuestión podían ser generales, cuando eran aplicables a todas ellas, o específicos, porque incumbían a una indicación concreta dada su naturaleza.

4.1. Los requisitos generales de las indicaciones

Los requisitos generales de las indicaciones estaban contenidos en el apartado 1º del art. 417 bis del CP y eran:

a) El consentimiento expreso de la mujer embarazada

Posiblemente este era el requisito general más importante de los que debían mediar en un aborto amparado en las indicaciones del art. 417 bis del CP, teniendo en cuenta que se refería al consentimiento expreso y libre de la mujer embarazada para autorizar la práctica de su propio aborto, donde jugaba un papel importantísimo su propia voluntad y su derecho a decidir libremente sobre su maternidad, ya sea para decidir interrumpir el embarazo o para continuar con él.

LAURENZO COPELLO apunta que con este requisito general el ordenamiento jurídico reconocía de forma explícita, la absoluta peculiaridad de la relación que el embarazo supone entre la madre y el *nasciturus*, una relación única que obliga a atender en todo caso a la voluntad de la mujer (sea para interrumpir la o continuar el embarazo), lo que explica que incluso en casos de grave peligro para la vida de la madre, la ley optase por respetar su voluntad, de manera que si ella decide afrontar el riesgo y no prestar su consentimiento para que le practiquen el aborto, la práctica del mismo sería constitutiva de delito.²⁵⁹

Dos situaciones especiales podían darse en torno a este requisito general: el “consentimiento presunto” y el peligro grave para la vida de la embarazada sin que esta quisiera abortar.

En el caso de urgencia en el que existía un peligro inminente para la vida de la madre y esta no estaba en condiciones de prestar su consentimiento expreso y libre para

²⁵⁹ LAURENZO COPELLO, El aborto, 2005, 13.

autorizar o no la práctica de su propio aborto (por ejemplo porque la embarazada se encuentra inconsciente), el art. 417 bis, apartado 1, inciso 1º, párrafo segundo, contemplaba la posibilidad de prescindir del consentimiento expreso. Se aplicaba aquí el “consentimiento presunto”, en virtud del cual un bien jurídico amenazado, que sólo podía ser conservado a costa de otro bien jurídico del mismo titular, en circunstancias en que su titular no estaba en condiciones de decidir al respecto, era lesionado para salvaguardarlo. El consentimiento se presumía (“consentimiento presunto”) y en virtud de esa presunción cabía la posibilidad legítima de practicar el aborto sin incurrir en delito. No obstante, el “consentimiento presunto” no suponía la actuación en contra de la voluntad de la embarazada, de manera que no podían existir indicios de una voluntad contraria de la mujer embarazada (por haber manifestado su oposición al aborto), y la licitud del aborto quedaba sujeta a la inexistencia de indicación alguna de que la embarazada no deseaba someterse a la interrupción del embarazo, puesto que de lo contrario, desaparecerían la bases del “consentimiento presunto” y con ello el aborto se tornaría en punible.²⁶⁰

En el caso de peligro grave para la vida de la embarazada sin que esta quisiera abortar, asumiendo conscientemente el riesgo que ello suponía, se debía respetar la voluntad de la embarazada, toda vez que no existía un consentimiento expreso y libre válido, y por tanto, la práctica de un aborto bajo dichas circunstancias sería constitutivo de delito.

b) La ejecución del aborto por un médico o bajo su dirección

Claramente, la exigencia de que la ejecución del aborto la lleve a cabo un médico o bien la ejecute bajo su dirección, intentaba proteger la salud y la vida de las mujeres embarazadas que se sometían a un aborto indicado, evitándoles riesgos innecesarios.

Las leyes especiales que desarrollaron el art. 417 bis del CP, también optaron por proteger la salud y la vida de las mujeres embarazadas a la hora de establecer los requisitos necesarios para la acreditación de los centros sanitarios que pudieran ejecutar

260

El art.4.1 del RD 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados v dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo, que decía: “*Con independencia de las notificaciones que procedan conforme a la orden de 16 de junio de 1986, en los centros o establecimientos públicos o privados acreditados se conservara la historia clínica y los dictámenes, informes y documentos que hayan sido precisos para la práctica legal del aborto, así como el relativo al consentimiento expreso de la mujer embarazada. en los casos de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio.*”

abortos. En cuanto al requisito que nos ocupa, el RD 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo, artículos 1 y 2, establecía que los centros acreditados para la práctica de la IVE deberían contar entre su personal sanitario, como mínimo, con un médico especialista en Ginecología u Obstetricia. De la misma forma, el RD 1277/2003, de 10 de octubre, que establecía las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, definía las unidades asistenciales de interrupción del embarazo como aquellas en las que un médico especialista en Obstetricia y Ginecología era el responsable de llevar a cabo la práctica del aborto terapéutico y eugenésico, en los supuestos legalmente permitidos.

Con la utilización de la expresión “o bajo su dirección”, el legislador dejaba abierta la posibilidad de que el médico delegase la realización del aborto en personal sanitario que no tuviese el título de médico. Sin embargo, aunque el médico delegase la ejecución material de la intervención abortiva en otro miembro de su equipo, a él correspondería en todo caso la responsabilidad última de la práctica médica y la realización del aborto por imperativo del mismo art. 417 bis del CP, de manera que debía estar pendiente de la correcta realización del mismo a nivel material y formal. En definitiva, el requerimiento legal (“o bajo su dirección”), no quedaba cubierto por el simple hecho de que el centro de interrupción del embarazo estuviese dirigido por un médico, sino que era siempre necesario que la ejecución del aborto fuese en todo momento supervisada por el médico en cuestión.

c) La ejecución del aborto en centro médico autorizado al efecto

Otro requisito general era que el aborto se realizase en un centro médico sanitario autorizado. Manifiestamente, con esta exigencia el legislador intentaba proteger la vida y la salud de las mujeres embarazadas, vigilando que los centros sanitarios cumplieran las condiciones médicas y sanitarias idóneas para no poner en riesgo la vida o la salud de las mujeres embarazadas.²⁶¹

261

Así se puede inferir del art. 3.2. del RD 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo: “La acreditación quedara condicionada al mantenimiento de los requisitos mínimos y al efectivo cumplimiento de las condiciones médicas adecuadas para la salvaguarda de la vida y salud de la mujer.”

Este requisito fue desarrollado por el RD 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo.

Los centros o establecimientos sanitarios acreditados para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo podían ser públicos o privados, siempre y cuando obtuviesen la acreditación correspondiente. La obtención de la acreditación era automática en el caso de los centros públicos que reunían las condiciones establecidas en el RD 2409/1986, de 21 de noviembre.²⁶² Por su parte, los centros sanitarios privados además debían formalizar la correspondiente autorización administrativa.

Los requisitos que debían cumplir los centros sanitarios para ejecutar abortos, eran más rigurosos cuando se trataba de embarazos con alto riesgo para la embarazada o con más de 12 semanas de gestación. Por ejemplo, para la realización de abortos que no impliquen alto riesgo para la mujer embarazada y no superen 12 semanas de gestación, los centros o establecimientos sanitarios privados debían contar con al menos un médico especialista en obstetricia y ginecología y personal de enfermería, auxiliar sanitario y asistente social; locales, instalaciones y material sanitario adecuados, debiendo reunir las condiciones de habitabilidad e higiene requeridas para cualquier centro médico; disponer de recepción, despacho para información y asesoramiento, sala adecuada para la realización del aborto, sala de descanso y recuperación tras la intervención; material necesario para realizar exploraciones ginecológicas y para realizar la práctica abortiva; material informativo y didáctico; prestaciones de análisis clínicos, anestesia y reanimación; y centro hospitalario de referencia para derivación de aquellos casos que lo requirieran. Para la realización de abortos en embarazos con alto riesgo para la embarazada o con más de 12 semanas de gestación, los centros o establecimientos sanitarios privados debían contar con unidades de obstetricia y ginecología; laboratorio de análisis, anestesia

262 Así lo regulaba el art. 2.1 del RD 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo: *“Los centros o establecimientos públicos que cumplan los requisitos contenidos en el artículo anterior quedarán acreditados automáticamente para la práctica del aborto.”*

y reanimación y banco o depósito de sangre correspondientes; así como con unidades o instalaciones de enfermería y hospitalización correspondientes.²⁶³

Todos los centros acreditados estaban sometidos al régimen de inspección y control previsto en la Ley General de Sanidad.²⁶⁴

Además de la autorización previa para la realización de interrupciones del embarazo, todos los centros sanitarios debían cumplir con una serie de obligaciones burocráticas que servían de control de legalidad de los abortos realizados en cada centro, por ejemplo, notificar todas las interrupciones del embarazo realizadas, así como conservar y custodiar todos los documentos relativos a cada intervención (la historia clínica, los dictámenes e informes preceptivos, el consentimiento escrito de la mujer embarazada, etc.)

4.2. Los requisitos específicos de las indicaciones

Los requisitos específicos de las indicaciones conformaban el propio contenido de las mismas, encontrándose dispuestos en cada uno de los incisos del apartado 1 del art. 417 bis del CP.

Para que el aborto fuese legal, además de cumplirse con los requisitos generales indicados anteriormente, debían darse las circunstancias propias de cada indicación, es decir, los requisitos específicos correspondientes a cada supuesto de impunidad.

a) Los requisitos específicos de la indicación terapéutica

Estos requisitos estaban contenidos en la disposición 1ª del apartado 1 del art. 417 bis del CP, al indicar: *“que sea necesario evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por*

²⁶³

Véase el art. 1 del Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre Centros Sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo (vigente hasta el 5 de Julio de 2010).

²⁶⁴

En este sentido el art. 3.1 del RD 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo: *“Todos los centros y servicios acreditados se someterán a la inspección y control de las administraciones sanitarias competentes, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 30 y 31 de la Ley General de Sanidad.”*

quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.”

➤El peligro grave

El primer requisito específico de esta indicación era el peligro grave, el cual debía cumplir varias exigencias para que el aborto se considerase impune.

Era obligatorio que el grave peligro para la vida o la salud de la embarazada no pudiera eliminarse de otra forma que no fuese mediante la ejecución del aborto, siendo la interrupción del embarazo el único medio capaz de combatir ese peligro grave, sin poder existir otro modo alternativo de eliminación del peligro.

En lo que pertinente al peligro grave para la salud psíquica de la embarazada, se debía atender a la existencia presente o futura de dicho peligro, es decir, para la concurrencia de esta indicación no era preciso la existencia presente del deterioro de la salud psíquica sino que bastaba con la presencia del peligro serio y fundado de que en el futuro se produciría tal menoscabo psíquico a consecuencia de la continuación del embarazo o del nacimiento del futuro hijo. Este pronóstico debía ser serio pues debía referirse a un “peligro de disminución importante de la salud con permanencia en el tiempo”, debiendo además ser competentemente fundado en conocimientos médicos vigentes, no bastando cualquier alteración psíquica leve o pasajera.

Así lo dispone la STC 53/1985 (FJ 10), al indicar: “es preciso que exista un peligro de disminución importante de la salud con permanencia en el tiempo, todo ello según los conocimientos de la ciencia médica en cada momento”.

LAURENZO COPELLO entiende que nada impedía que entre las circunstancias concurrentes al momento del diagnóstico se pudieran tener en cuenta aspectos tales como la excesiva juventud de la gestante, la falta de pareja, situaciones económicas especialmente adversas o cualquier otro aspecto semejante, creyendo que tales aspectos podían contribuir a dibujar un cuadro de angustia o ansiedad capaz de desembocar en un grave deterioro futuro de la normalidad psíquica de la embarazada, siendo el especialista

el encargado de valorar esas circunstancias, resultándole inadmisibles que a posteriori los tribunales pudieran poner en duda la legitimidad de su diagnóstico.²⁶⁵

➤ El dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto

Otro requisito específico de esta indicación se refería al dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

Claramente, este requisito establecía varias obligaciones.

En primer lugar, la emisión del dictamen debía ser anterior a la realización del aborto.

En segundo lugar, el dictamen debía ser firmado por un médico distinto de aquel que realizaba la interrupción del embarazo o de aquel que dirigía la misma.

En tercer lugar, la especialidad del médico que emitía el dictamen debía ser aquella concerniente al peligro grave al que se hiciera alusión. Cuando se trataba de un peligro grave para la salud psíquica de la embarazada, el informe debía ser emitido por un psiquiatra y no por un psicólogo, pues claramente el 417 bis del CP indicaba que el aborto debía realizarse por un médico, condición que en esta materia ostenta el psiquiatra pero no así el psicólogo.²⁶⁶ Esta expresa referencia no dejaba margen para que el dictamen lo pudiese emitir otro profesional de especialidades distintas a la medicina, una cuestión con la que los tribunales fueron bastante tajantes, como veremos más adelante al estudiar los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto. LAURENZO COPELLO dice que por “médico

²⁶⁵ LAURENZO COPELLO, El aborto, 2005, 15.

²⁶⁶ El psiquiatra es una persona licenciada en medicina cuya especialización ha sido el estudio de la psicopatología a través del abordaje médico. Son médicos especialistas en psiquiatría. De ahí que el psiquiatra utilice principalmente la farmacología para mejorar los síntomas más incapacitantes de los trastornos psicológicos, aunque en algunos casos también realizan intervención o tratamientos psicoterapéuticos después de una formación de postgrado en estos campos. El psicólogo en cambio es un licenciado en psicología (no en medicina como el psiquiatra), que puede especializarse en varias ramas como la psicología clínica y de la salud, psicología de la educación o psicología del trabajo y las organizaciones. De ahí que los Tribunales hayan sido tajantes en declarar de modo reiterado la ilegalidad de los informes firmados por un psicólogo.

especialista” debía entenderse el facultativo especializado en la dolencia que daba origen al peligro para la vida o la salud, razón por la cual la jurisprudencia había descartado que el dictamen fuese emitido por un ginecólogo, salvo que el peligro se vinculase a su especialidad médica.²⁶⁷

Durante la vigencia del sistema de indicaciones en España, la amplia mayoría de los abortos indicados que se ejecutaban estuvieron amparados en la indicación terapéutica por peligro grave para la salud psíquica de la mujer embarazada. En consecuencia, hubo muchos pronunciamientos judiciales sobre el alcance y contenido de este supuesto que abordó la imprecisión de los dictámenes médicos a la hora de contar los síntomas que daban lugar al peligro grave para la salud psíquica de la embarazada. Así, en ocasiones se concibió una falta de gravedad de las patologías referidas en algunos de los dictámenes médicos, rechazando los estados genéricos de angustia o ansiedad por entenderlos como malestares propios del embarazo o “afecciones nerviosas” normales del mismo que por sí solas eran insuficientes para fundamentar la gravedad del peligro para la salud exigidos en el art. 417 bis del CP.²⁶⁸

b) Los requisitos específicos de la indicación ética

La disposición 2ª del apartado 1 del art. 417 bis del CP, ofrecía los requisitos específicos de la indicación ética al señalar: “2ª *Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del art. 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.*”

➤ El embarazo a consecuencia de un delito de violación

El primer requisito específico de la indicación ética era que el embarazo fuese consecuencia del delito de violación del art. 429 del CP. Se refería al art. 429 del CP de 1944, texto refundido de 1973, quedando este supuesto limitado a los embarazos provenientes de agresiones sexuales realizadas con violencia o intimidación o bien cuando, aún sin mediar violencia ni intimidación, la víctima era una menor de 12 años o

²⁶⁷ Véase LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 16.

²⁶⁸ SSTS de 1 de abril de 1998 y 14 de diciembre de 1992.

bien se encontraba privada de sentido o padecía una enajenación mental de la que abusaba el agresor.²⁶⁹

Quedaban fuera del alcance de esta indicación los demás delitos sexuales de los que igualmente podría resultar un embarazo no deseado por la mujer, como el incesto o el estupro, lo que resultaba poco razonable e incluso ingrato para la mujer. LAURENZO COPELLO encuentra cierta lógica en el contexto valorativo del CP de 1944, texto refundido de 1973, en tanto los supuestos abarcados por esta indicación (violación) coincidían con los atentados a la libertad sexual más severamente desvalorados por el ordenamiento jurídico.²⁷⁰

No obstante, con la nueva regulación de los delitos sexuales en el CP de 1995, los casos comprendidos en la indicación ética ya no comportaban entre sí el mismo tratamiento jurídico-penal sino que resultaron regulados como figuras delictivas diferentes y con gravedad distinta: el delito de violación pasaba a regularse por el art. 179 y se limitaba al acceso carnal con violencia o intimidación; mientras tanto, el acceso carnal con menor de 13 años o mujer privada de sentido o enajenada, pasaba a regularse en el art. 181, considerándose abuso sexual nivelado en gravedad con delitos como el acceso carnal con prevalimiento. En definitiva, si se había criticado siempre la insuficiencia de la indicación ética por no incluir otros delitos como el incesto o el estupro, a partir de la regulación de los delitos sexuales del CP de 1995, esta limitación resultaba sencillamente inadmisibles e inexplicable, pues ahora sí compartían nivel de gravedad dichos supuestos.²⁷¹

➤ **La realización del aborto dentro de las 12 primeras semanas de gestación**

El segundo requisito específico de la indicación ética del art. 417 bis del CP era que la práctica del aborto se realizase dentro del plazo inicial de las primeras 12 semanas de embarazo.

269

Decía textualmente el art. 429 del CP: *“La violación de una mujer será castigada con la pena de reclusión menor. Se comete violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los casos siguientes: 1. Cuando se usare fuerza o intimidación. 2. Cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa. 3. Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriera ninguna de las circunstancias expresadas en los 2 números anteriores.”*

270

Al respecto véase LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 17.

271

Véase infra 1ª, I, 7.

Quizás este era el único requisito de la indicación ética que no planteaba problema alguno, en tanto tan sólo suponía el cumplimiento de un plazo para la realización del aborto.

➤ **La denuncia previa del delito de violación**

En último lugar, era necesario “que el mencionado hecho hubiese sido denunciado”, es decir, que el delito de violación hubiese sido denunciado previamente.

Probablemente el legislador ideó este requisito como un mecanismo de control de legalidad. Sin embargo, en la práctica supuso una traba para las mujeres que se encontraban en esa situación, al suponer una auténtica intromisión en su intimidad a la hora de tener que hacer público el hecho de la violación interponiendo la correspondiente denuncia. Es decir, este requisito suponía un problema añadido a la delicada situación emocional de la mujer que había sido víctima de un delito de violación y encima resultaba embarazada de este hecho delictivo, aguantando una renuncia a su intimidad al tener que revelar los hechos ocurridos para cumplir con un requisito para poder optar al aborto legal. De ahí que, como señala LAURENZO COPELLO, en la práctica apenas se registraron casos de aborto fundados en esta indicación, muy probablemente debido a que la inmensa mayoría de mujeres en esta situación, para evitar padecimientos emocionales mayores, prefirieron acogerse a la indicación terapéutica por riesgo para la salud psíquica, como una opción más accesible y menos exigente al no requerirse dicha denuncia.²⁷²

c) Los requisitos específicos de la indicación eugenésica o embriopática

Los requisitos específicos de esta indicación los daba la disposición 3ª del apartado 1 del art. 417 bis del CP, al establecer: *“que se presuma 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 dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.”*

²⁷² LAURENZO COPELLO, El aborto, 2005, 17.

➤ **La presunción de graves taras físicas o psíquicas del feto**

El primer requisito específico de la indicación eugenésica era la presunción de que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas.

Las taras físicas o psíquicas a que hacía referencia este requisito podían aparecer durante el embarazo o incluso después del nacimiento, pudiendo ser hereditarias o no. Es decir, el diagnóstico médico podía referir una afección de carácter genético o hereditario, o bien una afección de carácter embriopático adquirida durante el embarazo a través de la madre. En cualquier caso, dicha afección debía ser determinante de graves taras físicas o psíquicas no evitables en el niño si llegara a nacer.²⁷³

Asimismo, debía tratarse de taras físicas o psíquicas “graves”, de modo que afectasen significativamente, de manera persistente en el tiempo, las capacidades del futuro niño, suponiendo una sobrecarga emocional, física y económica para la madre, hasta el punto de comprometer seriamente su libertad. ARROYO ZAPATERO apunta que dicha gravedad venía determinada, no por la propia naturaleza de las afecciones, sino por sus consecuencias en el estado físico y psicológico del futuro niño, y sobre todo, en la gravosidad de tal estado del niño para la mujer y, en su caso, para la familia; un criterio concluyente para la legalidad del aborto en estos casos, pues aquí el aborto se autorizaba no en beneficio de la raza ni del propio afectado, sino de la mujer embarazada y su familia, en atención a la carga material, somática y psíquica que podía representar para ella un hijo con graves impedimentos físicos o psíquicos.²⁷⁴

Adviértase que es justamente este criterio el fundamento de la indicación eugenésica (autorizar el aborto en beneficio de la mujer embarazada y la familia en atención a la carga que les supondría un hijo con graves impedimentos físicos o psíquicos).²⁷⁵ En virtud de este fundamento jurídico, no era preciso que se determinara un catálogo de las afecciones o enfermedades que podían constituir los supuestos de la indicación eugenésica, como tampoco se preveía en el Derecho comparado.

²⁷³ En este sentido véase ARROYO ZAPATERO, La indicación eugenésica, RFDUCM, monogr. 11, 1986, 53.

²⁷⁴ ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 11, 1986, 53 y sig.

²⁷⁵ Sobre el fundamento de la indicación eugenésica véase ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 11, 1986, 57 y sigs.

El art. 417 bis del CP no exigía abiertamente que las taras o la enfermedad de la que se trataba fuese incurable. No obstante, esta condición estaba implícita en el concepto de “graves taras” y en la presunción a que hacía referencia este requisito. Así, si al diagnosticar la tara se consideraba que la misma era evitable o curable, no podía estimarse probable la existencia de taras futuras ni se podía entender que existía un riesgo real de que el niño las sufriría, no pudiéndose así considerarlas como “graves”.

La certeza del pronóstico se encontraba implícita en la referencia a la “presunción” de que el feto habría de nacer con graves taras físicas o psíquicas. A este propósito, se requería un alto grado de probabilidad de la presencia futura de la tara, bastante para permitir presumir que la misma sería segura.²⁷⁶

El diagnóstico médico que presumía que el feto habría de nacer con graves taras físicas o psíquicas, no constituía una obligación u compromiso de abortar para la mujer. Una vez comprobado el riesgo de taras graves, la embarazada tenía la opción de acogerse voluntariamente al aborto impune amparado en el art. 417 bis del CP, o bien continuar igualmente con su embarazo, y traer al mundo a un hijo que con gran probabilidad padecería graves enfermedades físicas o psíquicas. Otorgándole esta elección a la mujer embarazada, el legislador pretendía evitarle a ella y a su familia experiencias gravosas, poco dignas de ser vivida por suponer una dura carga emocional y un condicionante para sus vidas. Lo que es más importante, el legislador logra así ponderar de la mejor manera posible los bienes jurídicos en conflicto, ante la clara colisión de la vida del *nasciturus* y la salud psíquica y física de la mujer que se vería seriamente afectada ante tal situación futura.

➤ **La realización del aborto dentro de las primeras 22 semanas de gestación**

El segundo requisito específico de la indicación eugenésica era el plazo de 22 semanas para interrumpir el embarazo.

Al respecto señalaba el art. 417 bis: “*que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación*”.

276

Véase al respecto ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 11, 1986, 54 y 55.

Se trataba de un plazo mucho más amplio que el establecido a efectos de la indicación ética (12 semanas), debido a que la detección fiable de anomalías en el feto, médicamente requiere que el mismo haya adquirido cierta madurez. Por ejemplo, la amniocentesis²⁷⁷ que sólo puede realizarse entre la semana 15 y 18 del embarazo y su resultado demora 15 días aproximadamente.

ARROYO ZAPATERO consideró un problema determinar el cómputo del plazo para interrumpir el embarazo, en tanto el mismo podía establecerse de acuerdo al criterio biológico (a partir de la fecundación) o al criterio médico (*post menstruationem*), existiendo entre ambos una diferencia de 2 semanas. Concebía así, que el criterio penal debía regirse por el criterio biológico, pues sólo a partir de la fecundación se daba lugar a la existencia real del bien jurídico (el nuevo ser), de modo que el plazo de 22 semanas debía entenderse, conforme al cómputo médico posterior a la menstruación, como de 24 semanas.²⁷⁸

➤El dictamen previo emitido por dos especialistas de un centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto

El tercer requisito específico de la indicación eugenésica se refería al dictamen médico que diagnosticaba las graves taras físicas o psíquicas que posiblemente sufriría el feto y a las condiciones que debían cumplir los médicos que debían realizar dicho dictamen así como llevar a cabo el aborto. Esto es, el dictamen médico, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, emitido por dos médicos especialistas de un centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, que debían ser distintos de aquel que realizaba el aborto o bajo cuya dirección se practicaba el mismo.

A partir de la STC 53/1985, el art. 417 bis del CP pasaba a solicitar todos los requisitos recogidos en el Derecho comparado: que el dictamen sea anterior al aborto y emitido por dos especialistas de un centro sanitario acreditado para emitir estos

²⁷⁷

La amniocentesis diagnóstica o descarta problemas genéticos del bebé como el Síndrome de Down, defectos del tubo neural como la hidrocefalia o espina bífida), la infección del amnios u otras posibles complicaciones.

²⁷⁸

ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 11, 1986, 56.

diagnósticos, médicos especialistas que debían ser distintos del médico que practique o dirija el aborto, además de realizarse la intervención en un centro acreditado para ello.²⁷⁹

Claramente, el dictamen debía ser anterior a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

El art. 417 bis del CP sólo hablaba de “especialistas” (dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto); mientras el RD 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo (que desarrollaba el art. 417 bis del CP) señalaba a “médicos especialistas”, aunque obviando la exigencia de que fuesen distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practicase el aborto.

En cuanto a la rama o especialidad de los médicos que debían realizar el dictamen, entiendo que debía ser la Obstetricia, en tanto es la especialidad médica encargada del embarazo, parto y puerperio,²⁸⁰ principalmente en situaciones de riesgo que requieran una intervención quirúrgica. No obstante, debería resultar también válida aquella especialidad médica pertinente a la enfermedad o grave tara a la que se hiciera alusión en el dictamen. LAURENZO COPELLO apoyaba la licitud del aborto a partir de un informe elaborado por otra clase de especialistas siempre que poseyeran los conocimientos técnicos necesarios para la realización de este tipo de pronósticos y formaran parte del centro acreditado para emitir estos dictámenes.²⁸¹

La acreditación administrativa necesaria para emitir estos dictámenes no era la refrendación previa que necesitaban los centros públicos o privados para realizar el aborto. Se trataba de acreditaciones diferentes que en este caso atendía las exigencias técnicas relacionadas al diagnóstico de las enfermedades del feto, es decir, los medios o métodos de diagnóstico específicos con que debía contar el centro médico para el diagnóstico de las malformaciones fetales, enfermedades metabólicas, alteraciones

279

En este sentido véase ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 11, 1986, 56 y sig.

280

El puerperio es el período que inmediatamente sigue al parto y que se extiende el tiempo necesario (usualmente 6-8 semanas, o 40 días) para que el cuerpo materno (incluyendo las hormonas y el aparato reproductor femenino) vuelvan a las condiciones pregestacionales, aminorando las características adquiridas durante el embarazo.

281

LAURENZO COPELLO, El aborto, 2005, 19.

cromosómicas, etc.).²⁸² De este modo, el legislador estableció otro mecanismo de control de la legalidad del aborto, intentando asegurar la efectiva concurrencia de las circunstancias exigidas por esta indicación, evitando así abortos innecesarios.

➤ El consentimiento expreso de la mujer embarazada

El último requisito específico de la indicación embriopática era el consentimiento expreso de la mujer embarazada.

Se trataba de un requisito *sine qua non* por ser presupuesto indispensable para determinar la legalidad del aborto bajo este supuesto de impunidad. Es decir, sin este requisito la práctica del aborto era punible, independientemente de que se cumplieran todas las demás exigencias y aunque fuesen muy graves las anomalías diagnosticadas al feto.

LAURENZO COPELLO considera que la exigencia del consentimiento de la madre era la mejor oposición a la tesis que consideró que esta indicación dejaba en manos de la sociedad la decisión sobre el valor vital de los seres humanos y el establecimiento de los mínimos biológicos de los seres humanos, pues la verdadera justificación del aborto embriopático era resolver el posible conflicto personal que surgía en torno a la enfermedad o tara grave de un hijo tanto para la madre como para su familia.²⁸³

Más aún, esta indicación no ofrecía a la sociedad la libre decisión sobre el valor vital y los mínimos biológicos de un ser humano, desprotegiendo la vida humana, sino que por el contrario, aseguraba la libertad de la mujer ante situaciones límite muy difíciles de soportar que en algunos casos comportaban enfermedades graves del futuro hijo para el resto de sus vidas. De ahí que resulte absurdo pensar que sea cómodo para una mujer abortar a sabiendas de que su futuro hijo presenta o presentaría en el futuro taras graves que le supondrían al niño, a la madre y a toda la familia durísimas experiencias.

²⁸²

El art. 6 del RD 2406/1986 indicaba textualmente: “Esta acreditación específica se concederá a los centros públicos o privados que cuenten, según las pruebas diagnósticas complementarias que en cada caso se requieran, con los siguientes medios o métodos de diagnóstico: 2.1 técnicas de ecografía o similares para el diagnóstico de las malformaciones fetales. 2.2 técnicas bioquímicas apropiadas para el diagnóstico de enfermedades metabólicas. 2.3 técnicas de citogenética para el diagnóstico de alteraciones cromosómicas. 2.4 técnicas analíticas precisas para el diagnóstico de malformaciones de origen infeccioso.”

²⁸³

Véase LAURENZO COPELLO, El aborto, 2005, 19.

Pronunciamientos radicales en este sentido son inadmisibles, pues más que evitar la desprotección de la vida humana en formación lo que hacen es desprestigiar de manera absoluta la libertad de la mujer embarazada, máxime cuando la protección de la vida humana aquí se garantiza a través del requisito específico de la gravedad de la tara, del dictamen preceptivo y de la acreditación específica del centro para dictaminarlo.

El fundamento jurídico de la indicación eugenésica era la no exigibilidad a la mujer de una conducta que en definitiva le reportaría gran sufrimiento y situaciones muy duras. Este fundamento ya había sido referido en la exposición de motivos del Proyecto de Ley de reforma urgente y parcial del Código Penal de 1983; además en la STC 53/1985 al reconocer la constitucionalidad de las indicaciones, en este caso porque el 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 (FFJJ 9 y 11).

Por consiguiente, el fundamento jurídico de la indicación terapéutica y embriopática era el mismo, como también sucedía en el Derecho comparado.²⁸⁴

En definitiva, a partir de la indicación eugenésica el legislador pretendía revestir de impunidad al aborto en situaciones realmente dificultosas para la madre, o bien ante problemas graves de la salud del futuro niño que supondrían un auténtico sufrimiento para él, y no menos para su madre e incluso para su familia. Le otorgaba así a la mujer embarazada la posibilidad de decidir libremente sobre la continuidad de su embarazo, otorgándole la opción de abortar legalmente.

5. El escenario social y jurisprudencial del aborto en España durante la vigencia del sistema de indicaciones

Con la entrada en vigor del sistema de indicaciones del art. 417 bis del CP el escenario social y jurisprudencial del aborto en España cambió considerablemente.

284

ARROYO ZAPATERO señala que la diferencia entre la indicación eugenésica y la médica no estriba en su fundamento jurídico, que es el mismo en ambas, sino en una consideración de otro orden. Esto es, que la indicación médica requiere una concreta comprobación en cada caso de que concurren los elementos relativos a los procesos patológicos y al peligro para la salud de la mujer, y sólo comprobados éstos es posible verificar el juicio acerca de la exigibilidad de que la mujer continúe o no el embarazo; y en la indicación eugenésica opera la presunción de modo que si concurre el presupuesto del proceso patológico determinante de un futuro niño anómalo o malformado, por lo general la salud de la mujer va a verse gravemente afectada. Véase ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 11, 1986, 58 y 59.

Atrás quedaban las dramáticas consecuencias sociales de la prohibición absoluta del aborto,²⁸⁵ para dar paso a situaciones, que aunque parecidas por el carácter limitado del nuevo modelo de indicaciones, mejoraban valiosamente el panorama de las mujeres españolas.

Si bien al inicio de la entrada en vigor del sistema de indicaciones tuvieron lugar muchas condenas por delito de aborto, de las que fueron víctimas numerosos médicos y mujeres que creyeron obrar legalmente (se referían al cumplimiento inexacto de los requisitos formales de las mismas dada la desconfianza que versaba sobre el efectivo acatamiento de los supuestos de impunidad por parte de los intervinientes en el sistema penal), con el transcurso del tiempo las valoraciones sobre las interrupciones voluntarias del embarazo fueron cada vez más conformes con el aborto, lo que se traducía más tarde en interpretaciones judiciales menos condicionales del art. 417 bis del CP, hasta el punto de tener poco que ver con el contenido prudente de los requisitos formales de las mismas establecidos en la Ley, lo que repercutió drásticamente en la reducción del número de abortos conocidos por los tribunales.

5.1. Las circunstancias sociales en torno al sistema de indicaciones

El gran número de condenas por delito de aborto que tuvieron lugar al inicio de entrar en vigor el nuevo sistema de indicaciones, provocó un fenómeno social caracterizado por la enorme inseguridad jurídica para las mujeres y el personal sanitario que tomaba parte de las intervenciones abortivas. Esta inseguridad jurídica admitía la posibilidad de que cada aborto en el que participaban unos u otros, pudiese ser sometido a un control judicial posterior, para valorar la efectiva concurrencia de las exigencias legales correspondientes a cada indicación alegada.

En muchos casos, esta situación motivó que las mujeres prefieran recurrir al turismo abortivo o al aborto clandestino; mientras los médicos y demás personal sanitario optaba por acogerse de manera masiva al derecho a la objeción de conciencia para no practicar abortos, ni siquiera en los casos supuestamente amparados por la Ley. Así, mientras la legalidad del aborto dependiera de un conjunto de circunstancias y requisitos

²⁸⁵

Mujeres que pagaron con su vida o su salud (capacidad reproductiva) la autoritaria prohibición del aborto en España durante muchos años.

predeterminados en la Ley española de indicaciones, los tribunales tendrían la legítima facultad de verificarlo y los intervinientes vivirían expuestos a dicha inseguridad jurídica.²⁸⁶

Como es sabido, con el paso de los años las consideraciones sociales sobre el aborto en España mostraron un positivo avance, dejando atrás tan controvertidos y radicales pensamientos antiabortistas y dando paso a un apoyo sensato del aborto legal, hasta el punto de ver con cierta normalidad la práctica de las interrupciones voluntarias del embarazo. Mucho tuvo que ver la lucha de los grupos antiabortistas que fueron ganando terreno hasta lograr apreciaciones sociales más matizadas sobre el aborto, lo que se notaba poco a poco también respecto a los intervinientes en los procesos judiciales penales sobre delitos de aborto e investigaciones previas, que fueron siendo más permisivos y menos propensos a investigar y perseguir abortos simplemente por desconfianza de que no se hubiesen observado con exactitud los requisitos legales propios de cada indicación. Así se fue ganando en seguridad jurídica para los intervinientes en el aborto, de modo que las mujeres y el personal sanitario adquirieron cierta confianza.

Inicialmente, las interrupciones del embarazo efectuadas de manera legal al tenor de la Ley de 1985 fueron francamente pocas. Pero conforme se fue ganando en seguridad jurídica, el número de abortos también fue creciendo, sin que el paso de los años y la normalización de la práctica del mismo hicieran que se detuviera la tendencia al incremento. LAURENZO COPELLO apunta que así lo demostraba la relación inversamente proporcional que sufrió el llamado “turismo abortivo” al descender drásticamente en los años 80.²⁸⁷

Ciertamente, estas circunstancias sociales se vieron reflejadas en las estadísticas de la época.

286

El no haber incluido la indicación económico-social o cuarto supuesto en el modelo de indicaciones español, en virtud del cual la mujer podía decidir interrumpir el embarazo por razones puramente económicas o sociales, dejaba fuera de su cobertura situaciones muy frecuentes en la vida de una mujer, que ante cierta dificultad económica y social, responsablemente creía que no debía traer al mundo a un hijo al que no le podría ofrecer lo que precisaba (cuidados, educación, etc.); igualmente, esta situación provocaba que muchas mujeres optasen por abortar legalmente en el extranjero o clandestinamente en España.

287

Véase LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 25.

Según el Informe del Gobierno a las Cortes Generales sobre las circunstancias concurrentes en la aplicación de la legislación vigente en materia de interrupción voluntaria del embarazo y su incidencia en la realidad social, en el año 1983 se registraron 22.002 abortos de mujeres residentes en España practicados en Inglaterra y Gales, frente a tan sólo 1.332 registrados en el año 1989. En 1986, los centros acreditados para la práctica del aborto habían comunicado apenas 467 interrupciones del embarazo, y tan sólo un año más tarde, en 1987, dichos centros reportaron 16.766 interrupciones del embarazo.²⁸⁸

ROPERO CARRASCO refiere estadísticas de abortos del año 1986, relativas a distintos estudios sociológicos citados y analizados por IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO. Estas estadísticas descubrían que la mayoría de las interrupciones voluntarias del embarazo en España seguían representando una importante cifra negra de abortos realizados en la clandestinidad, a pesar de la despenalización parcial del aborto ofrecida por el sistema de indicaciones. Se calcularon en torno a los 105.000 abortos realizados a españolas en el extranjero y en España, de los cuales 32.000 tuvieron lugar en Gran Bretaña, Holanda y Francia (de manera legal y con buenas condiciones sanitarias), pero del resto, es decir, de los 73.000 abortos realizados en España sólo 203 fueron legales, de modo que 72.797 abortos quedaban en el limbo de la clandestinidad.²⁸⁹

Las estadísticas de 1990 fueron similares a las de 1986. Se calcularon un total de 100.000 abortos efectuados a mujeres españolas, estimándose que sólo en torno a 25.000 fueron legales, quedando los restantes 75.000 fuera del sistema legal de

²⁸⁸

El 21 de septiembre de 1990, con motivo del debate de la Proposición no de Ley del Grupo parlamentario Socialista del Congreso, el Congreso de los Diputados insta al Gobierno a que realice y remita a la Cámara un estudio sobre las diferentes circunstancias concurrentes en la aplicación de la Legislación vigente en materia de interrupción voluntaria del embarazo y su incidencia en la realidad social, que integre asimismo el análisis de las acciones relativas a la planificación familiar, de forma que sea posible una valoración más completa del estado de la cuestión y, en consecuencia, la adopción en su caso de las adecuadas decisiones normativas o de gestión. Véase BOCG, núm. 95, de 21 septiembre 1990, 3, disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L4/CONG/BOCG/D/D_095.PDF. Al respecto LAURENZO COPELLO, El aborto, 2005, 26.

²⁸⁹

ROPERO CARRASCO, La insuficiencia del sistema de indicaciones en el delito de aborto, ADPCP, vol. LVI, 2003, 216, n. 11.

indicaciones, bien porque se habían realizado clandestinamente en España o porque se habían realizado en el extranjero.²⁹⁰

Más tarde, las clínicas privadas acreditadas para la práctica del aborto resolvían interpretar ampliamente el supuesto de peligro para la salud de la mujer embarazada, propio de la indicación terapéutica, amparándose en la definición del término salud ofrecida por la OMS. Esto es, la definición de salud como “el estado general de bienestar a nivel biológico, psicológico y social de la persona”, una noción bastante lejana al concepto tradicional de salud que venía operando a nivel legal en España, correspondiente a la simple ausencia de alguna enfermedad.

El concepto de salud de la OMS resultó suficientemente amplio para suplir la ausencia de la indicación socioeconómica del sistema de indicaciones español. Las clínicas privadas acreditadas para realizar abortos vieron en esta definición la posibilidad de incluir en la indicación terapéutica por riesgo para la salud psíquica de la madre, situaciones de conflicto personal a nivel social bastante frecuentes, que no se veían amparadas en ninguno de los supuestos de impunidad recogidos en la Ley de las indicaciones. ROPERO CARRASCO considera que la operatividad de la indicación terapéutica por riesgo para la salud psíquica de la mujer, en el sentido reconocido al término “salud” por la OMS, se convirtió en una “indicación socioeconómica encubierta”.²⁹¹ A mi modo de ver, desde el momento que dichas clínicas se acogieron al concepto amplio de salud de la OMS, la indicación terapéutica por riesgo para la salud psíquica de la madre empezó a operar como una auténtica indicación socioeconómica.

A partir de esta extensa interpretación del supuesto de peligro para la salud de la mujer embarazada, realizada por las clínicas abortivas privadas, la realidad social del aborto en España cambia sustancialmente, una situación que se reflejó fielmente en los datos estadísticos de la época.

Los abortos clandestinos casi desaparecieron en España y el número de abortos legales no dejaba de crecer, aumentando considerablemente las cifras según pasaban los años.

²⁹⁰ Véase IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, *La despenalización*, 270.

²⁹¹ ROPERO CARRASCO, *ADPCP*, vol. LVI, 2003, 217.

Según estadísticas facilitadas por el Ministerio de Sanidad y Consumo, a partir de los datos facilitados por los centros sanitarios acreditados al efecto por imperativo legal, en el año 1993 se comunicaron 45.503 abortos realizados en 95 centros sanitarios; en el año 1996 se informaron 51.002 abortos realizados en 106 centros sanitarios; en 2000 se notificaron 63.756 abortos realizados en 121 centros sanitarios; y para 2003 ya sumaban 79.788 abortos realizados en 128 centros sanitarios.²⁹²

Todavía más reveladoras resultaban las estadísticas del mismo Ministerio de Sanidad y Consumo²⁹³ que descubrían que en 2001 se practicaron en España 69.857 abortos legales, de los cuales el 97% se llevaron a cabo al tenor de la indicación terapéutica, frente a un 2,53% de abortos ejecutados en virtud de la indicación eugenésica y tan sólo un 0,09% en función del supuesto ético. Y aún más significativo resultaba observar que de los 69.857 abortos legales del año 2001, sólo el 2,43% se había realizado en centros sanitarios públicos, mientras que el 97,57% se había producido en centros sanitarios privados acreditados. De la misma forma, para 2003 el 2,85% de los abortos correspondían a centros públicos frente al 97,15% de centros privados; para 2000 el 2,37% correspondía a centros públicos frente al 97,63% de centros privados; y para 1995 el 2,67% se refería a centros públicos frente al 97,33% en centros privados.²⁹⁴

Naturalmente, las estadísticas también mostraban el incremento general del recurso al aborto por las mujeres españolas. Así lo indicaban los datos que ponían de manifiesto DELGADO Y BARRIOS en su estudio sobre los determinantes del aborto en España.

En primer lugar, respecto a la proporción de abortos sobre embarazos en mujeres de entre 15 y 49 años, que situaba en el 8,46% en 1990; en 11,92% en 1995; y en 13,77% en 2002; resultando una variación del 62,89% entre 1990 y 2002.

En segundo lugar, en relación con el incremento del aborto entre las mujeres más jóvenes, más del 42% de los abortos realizados en los últimos años correspondían a mujeres en edades comprendidas entre los 15 y 24 años, con mayor número de abortos de mujeres con edades comprendidas entre los 15 a 19 años. Prácticamente se duplicaba el número de abortos entre las más jóvenes en apenas 10 años, pasando de 5.441

²⁹² Véase LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 26.

²⁹³ Entiéndase de los efectos de la aceptación del concepto amplio de salud de la OMS por las clínicas privadas.

²⁹⁴ Véase LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 26 y 28; y ROPERO CARRASCO, *ADPCP*, vol. LVI, 2003, 216 y sig.

abortos en el año 1991 a 9.918 en 2001.²⁹⁵ LAURENZO COPELLO considera que esto se debía a que las mujeres se iniciaban cada vez más jóvenes en las relaciones sexuales, con el riesgo consiguiente de quedar embarazadas. Para ello ofrecía datos estadísticos de la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de Sanidad y Consumo, que registraba para 1999 un 79,93% de jóvenes, de entre 15 y 19 años, confesoras de no utilizar ningún método anticonceptivo.²⁹⁶ Es lógico que este escenario social fuese el resultado de la anticipación en el ejercicio de la sexualidad entre los más jóvenes, máxime teniendo en cuenta la inadecuada educación sexual que denunciaban algunos autores, en tanto la formación sexual ni siquiera formaba parte de la política educativa española, ni era impartida por el personal adscrito al sistema educativo oficial, sino más bien por personal ajeno o voluntarios que mediante charlas o talleres intentaban salvar esta carencia del sistema educativo.²⁹⁷

LAURENZO COPELLO señala que el incremento general del recurso al aborto por parte de las mujeres españolas pone de manifiesto que el sistema de indicaciones no favorecía la toma de conciencia de las mujeres sobre la necesidad de un adecuado y estricto control de la natalidad, y menos aún, la posibilidad de decidir de modo autónomo y reflexivo seguir adelante con un embarazo que en principio podía presentarse inoportuno, siendo una consecuencia propia de un sistema en el que se dejaba en manos de terceros la decisión sobre la posibilidad de interrumpir un embarazo legalmente, transmitiendo a la mujer la sensación de ser un factor puramente pasivo que se limitaba a presentar una solicitud y prestar posteriormente su consentimiento para una intervención clínica.²⁹⁸

Admítase que el incremento del número de abortos por parte de las mujeres españolas, la falta de conciencia de las mujeres sobre la necesidad de un adecuado y estricto control de la natalidad o la imposibilidad de que decidieran de modo autónomo y reflexivo seguir adelante con un embarazo, son las consecuencias naturales de un sistema de indicaciones que limitaba considerablemente los supuestos de impunidad del

²⁹⁵ Sobre estas y otras estadísticas concernientes a los determinantes sociales del aborto, véase DELGADO M. Y BARRIOS L., *Determinantes sociales de la interrupción del embarazo en España*, 2007.

²⁹⁶ LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 27.

²⁹⁷ En este sentido LAURENZO COPELLO, *Otra vez el aborto: el inevitable camino hacia un sistema de plazos*, en RPJTD, núm. 3, 2008, 239 y sig.

²⁹⁸ LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 27.

aborto, situando a la mujer en un plano secundario sin otorgarle valor a su consentimiento, hasta tanto un tercero autorizara su propio aborto, después de haber interferido en su terreno más íntimo para valorar sus deseos, sentimientos, perspectivas de futuro y afectos personales.

LAURENZO COPELLO también hace mención al aumento del número de mujeres inmigrantes, sobre todo latinoamericanas, que recurrían al aborto indicado en España, como elemento imprescindible para dibujar el panorama social con gran trascendencia en el ámbito de la salud reproductiva. Pone de manifiesto que en Madrid llegaba a representar cerca del 40%, y en ciudades tan pequeñas como Granada o Almería en torno a una tercera parte del total de usuarias. Señala que, según los expertos, algunas de las causas de tan marcado incremento de embarazos no deseados en este sector de la población femenina, era el temor de las inmigrantes sin papeles a acudir a centros públicos de planificación familiar por el riesgo de ser expulsadas de España, pautas culturales diferentes en materia de sexualidad, altos niveles de desconocimiento sobre métodos anticonceptivos fiables o dificultades de acceder a ellos, e incluso horarios laborales incompatibles con los de apertura de los centros de salud.²⁹⁹

Afirmaré ahora que las políticas sociales sobre educación sexual y planificación familiar en España fracasaron, hasta el punto que muchas mujeres inconscientemente se valieron del sistema de indicaciones como método anticoncepcional, sobre todo las adolescentes entre 15 y 19 años, que en su mayoría declararon no haber utilizado nunca un método anticonceptivo.

Ahora veamos que los datos estadísticos evidenciaron una realidad social del aborto que nada tenía que ver con la restrictiva regulación legal del aborto en el art. 417 bis CP. En España existía una situación de *facto* donde todo el mundo abortaba en los términos de la indicación socioeconómica, o casi como si operara un sistema de plazos, mientras los jueces y demás agentes penales no perseguían los abortos, y el cumplimiento de la Ley de indicaciones era prácticamente nulo. Y todo esto valiéndose tan sólo de una amplia interpretación del riesgo para la salud psíquica de la mujer embarazada en virtud del concepto de salud de la OMS, considerando riesgo para la salud psíquica de la mujer cualquier peligro o sacrificio del “bienestar general” de la mujer.

299

En este sentido LAURENZO COPELLO, RPJTD, núm. 3, 2008, 239.

Así lo reconoce ROPERO CARRASCO al indicar que en España todo el mundo sabía que estaba funcionando, en la realidad, una indicación adicional, por no decir que directamente se estaba aplicando el sistema del plazo.³⁰⁰ En un sentido parecido LAURENZO COPELLO, quien infiere que en la práctica se había impuesto un modelo flexible bastante alejado del espíritu del sistema de indicaciones y mucho más cercano a la lógica de los sistemas basados en el plazo.³⁰¹ Desde la perspectiva constitucional, ARROYO ZAPATERO dice que se trataba de una situación sin reconocimiento jurídico alguno, cuyos hechos evidenciaban el incumplimiento del mandato constitucional de respecto del contenido esencial de los derechos fundamentales de la mujer, al existir situaciones de conflicto en las que la ley no posibilitaba la realización de los mismos en ningún momento del embarazo, sino que “infundadamente” se lograba su realización de manera encubierta, con la posibilidad de desencadenarse tras el aborto un procedimiento penal que afectase la intimidad y la dignidad de la mujer, lo que supondría otra lesión a su intimidad y a su dignidad como mujer.³⁰²

En definitiva, la sociedad española había experimentado un gran cambio desde la entrada en vigor del sistema de indicaciones, de manera que la nueva realidad social nada tenía que ver con la que había servido de base a dicha despenalización del aborto. Sin lugar a dudas, este importante cambio social debía ser tenido en cuenta para volver a reformar el aborto voluntario más allá del art. 417 bis del CP, independientemente de las inevitables discrepancias morales y religiosas que obviamente surgirían en torno al tema.

300

ROPERO CARRASCO señala que los datos evidenciaban una realidad por todos conocida incluso en contra de lo apuntado por algunos autores, en tanto el riesgo para la salud psíquica, contenido en la indicación terapéutica, se había interpretado en la práctica como un riesgo para el “bienestar” general de la mujer, en el sentido reconocido al término “salud” por la OMS, en contra incluso de lo apuntado por muchos autores que rechazaban que la “salud física o psíquica a la que se refería el art. 417 bis del CP, pudiera ser entendida en el sentido más amplio del “bienestar”, que acoña el concepto de la OMS, denunciando que esta situación era tolerada no sólo por los partidarios de este sistema, sino también por aquellos que incluso en su momento lo quisieron declarar inconstitucional, mientras todo el mundo sabía que en España estaba funcionando, en la realidad, una indicación adicional, por no decir que directamente se estaba aplicando el sistema del plazo. ROPERO CARRASCO, ADPCP, vol. LVI, 2003, 217.

301

LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 29.

302

Sobre el respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales, véase ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 217.

Así, no eran pocos los presupuestos del nuevo escenario social a tener en cuenta para una reforma del aborto. Resultaban significativos los datos sobre el comportamiento sexual de los más jóvenes, que se habían adelantado considerablemente en el inicio de las relaciones sexuales coitales; el incremento substancial de embarazos no deseados y abortos en la población femenina extranjera, a partir de la fuerte inmigración que había vivido España en los últimos años; los condicionantes de género que seguían dando lugar a relaciones sexuales de riesgo sobre todo entre la población más joven e inmigrante;³⁰³ la caída de la tasa de natalidad y el consecuente envejecimiento de la población en España, motivado la precariedad laboral, las dificultades para el acceso a la vivienda, la falta de ayudas suficientes para el cuidado de los niños o la persistencia de roles de género que imponían a las mujeres la responsabilidad esencial en la crianza de los hijos³⁰⁴; la intención de algunas nuevas leyes por avanzar en el reconocimiento de la plena autonomía de la mujer en todos los ámbitos de la vida (laboral, familiar, etc.), como la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia doméstica, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, o la Ley vasca 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres³⁰⁵; y por último, el estatuto jurídico de la vida en gestación, a partir de los

303

LAURENZO COPELLO, RPJTD, núm. 3, 2008, 239: "Muchas son todavía las mujeres que ceden al chantaje emocional de sus parejas para mantener relaciones coitales sin protección alguna y no son pocas las que, en las relaciones esporádicas, no se atreven a llevar consigo el preservativo por temor al qué dirán, conductas todas ellas que favorecen los embarazos no deseados el consiguiente recurso al aborto."

304

Al examinar los datos sobre las preferencias de los ciudadanos en lo que se refiere a los hijos, se observa una sorprendente estabilidad a lo largo de sucesivas generaciones. Actualmente la inmensa mayoría de hombres y mujeres desearían tener al menos dos hijos. Una mayoría considerable preferiría tener tres o más, y solo una pequeña minoría afirma no desear hijos. Estas preferencias se han mantenido estables durante el último medio siglo. Por consiguiente, desde los años ochenta ha surgido una brecha persistente entre los deseos y la realidad, que aquí interpretamos como un déficit de bienestar en la familia. Al respecto véase LAURENZO COPELLO, RPJTD, núm. 3, 2008, 239 y sig.

305

LAURENZO COPELLO, RPJTD, núm. 3, 2008, 240: "La LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género se refiere expresamente a la necesidad de introducir en el escenario social "nuevas escalas de valores basadas en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres, así como... de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia..." una línea que profundiza la LO 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres: si bien es la que con mayor acierto recoge esta nueva tendencia normativa al mencionar entre sus objetivos la misión de los poderes públicos de "promover la autonomía y ... fortalecer la posición social, económica y política de las mujeres... con el fin último de lograr una sociedad igualitaria en la que todas las personas sean libres, tanto en el ámbito público como en el privado, para desarrollar sus capacidades personales y tomar decisiones sin las limitaciones impuestas por los roles tradicionales en función

pronunciamientos del TC español sobre el sentido y alcance de la protección de la vida humana en formación (referente al sistema de indicaciones, que es la materia que hasta ahora ha considerado el TC para la legitimidad de un sistema de despenalización del aborto): que la desprotección penal de la vida del *nasciturus* se funde en el principio de ponderación de bienes, y que ello no suponga su desprotección total por parte del ordenamiento jurídico.³⁰⁶

5.2. La jurisprudencia en torno a los requisitos formales de las indicaciones

Los pronunciamientos jurisprudenciales que tuvieron lugar al inicio de la aplicación del sistema de indicaciones, se referían al cumplimiento inexacto de los requisitos formales generales o específicos de los supuestos de impunidad del aborto del art. 417 bis del CP. En un principio, la jurisprudencia versaba sobre casos en los que la inobservancia de los requisitos expresamente indicados en la Ley era casi evidente. No obstante, al mismo tiempo tuvo lugar un gran número de procedimientos penales contra médicos o mujeres motivados por la desconfianza en el efectivo acatamiento de los supuestos de impunidad, lo que como hemos visto anteriormente, generó una enorme inseguridad jurídica en torno a la interrupción del embarazo.

del sexo y en la que se tengan en cuenta, valoren y potencien por igual las distintas conductas, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres”. En un contexto normativo tan claramente orientado a consolidar el derecho de las mujeres a decidir y fraguar libremente su futuro, debería reflexionarse seriamente sobre la coherencia de mantener un sistema de despenalización del aborto en el que la decisión sobre la interrupción del embarazo depende de la valoración de terceras personas, relegando a la mujer a la condición de mera peticionaria de una intervención médica cuya legalidad han decidido otros.”

³⁰⁶

LAURENZO COPELLO, RPJTD, núm. 3, 2008, 240: “Igualmente importante en la descripción de los presupuestos jurídico-valorativos a tener en cuenta en un futuro debate sobre el aborto, es el estatuto jurídico de la vida en gestación. Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre esta materia han dejado claro que la vida embrionaria y fetal esta alcanzada por la protección del artículo 15 de nuestra norma fundamental (STC 53/1985, FJ5), un alto valor que encuentra su razón de ser en “su capacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una persona que en el fundamental sentido del art. 10.1 C.E.” (STC 116/1999: FJ 9). Esta condición de bien jurídico constitucional crea para el Estado el deber de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma” (STC 53/1985: FJ 7), si bien ello no es obstáculo para que en situaciones de conflicto la vida fetal pueda ceder frente a otros intereses de alto rango constitucional, como la vida, libertad o dignidad de las mujeres. Ni la vida intrauterina puede prevalecer incondicionalmente frente a los intereses de la embarazada -sostiene el TC-, “ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del *nasciturus*” (STC 53/1985, FJ 9)”

Ciertamente, la gran mayoría de las sentencias atendían la comprobación del efectivo cumplimiento de los requisitos formales de la indicación terapéutica por riesgo para la salud psíquica de la embarazada, dado su dominante predominio también en la práctica. Destacaban las sentencias que declaraban defectos formales en la especialidad del médico que emitía el dictamen, o en la forma y contenido de los dictámenes psiquiátricos.

a) Referente al dictamen emitido por psicólogo o médico ginecólogo y obstetra

Al analizar los requisitos específicos de la indicación terapéutica, vimos que por imperativo del art. 417 bis del CP, el dictamen preciso para la misma debía estar emitido por un médico de la especialidad correspondiente.

En el caso de la indicación terapéutica por riesgo para la salud psíquica de la mujer embarazada el médico especialista debía ser un psiquiatra y no un psicólogo. Al respecto la jurisprudencia fue tajante, siendo habituales las sentencias que consideraron ilegales los abortos terapéuticos por riesgo para la salud psíquica de la madre, por el mero hecho de que el dictamen hubiese sido emitido por un psicólogo, aunque se hubiese cumplido con el resto de requisitos generales y específicos oportunos.

Al respecto, las SSTS de 26 de octubre de 2000 y 19 de septiembre de 2001, las cuales presentaban identidad de elementos. Se referían a abortos practicados en una clínica de Granada, por grave riesgo para la salud psíquica de la mujer, valiéndose del dictamen de un psicólogo, en el que se dictaminaba que la mujer padecía *“una grave reacción depresiva”* que trastornaba el curso normal del embarazo no deseado, lo que representaba un *“grave riesgo para la salud”* haciendo necesaria la interrupción del embarazo. En estas Sentencias el TS no entró a valorar la existencia o no del legítimo riesgo para la salud psíquica de la mujer embarazada, sino que solamente consideró la improcedente de la aplicación del art. 417 bis del CP, basándose en que no se cumplía con el requisito del dictamen emitido por un “médico”, ya que el psicólogo no podía ser considerado como tal. Decía la STS de 26 de octubre de 2000: *“Está en juego la presencia de un interés relevante como es la salud psíquica de la madre, que entra en colisión con otro no menos relevante como es la vida del feto, y el legislador ha querido garantizar con una titulación específica el acreditamiento de que ciertamente existe ese grave peligro para la madre que justifica la no punibilidad del aborto”*. Atendiendo a que los médicos condenados habían realizado una consulta al Ministerio de Justicia, previa a la práctica del aborto, de la que no habían obtenido nunca respuesta, consultando si el

dictamen debía ser realizado por un psiquiatra o bastaba un psicólogo, el TS aplicaba una atenuante a los médicos, al apreciar un error de prohibición vencible, considerando que los médicos ejecutores se habían precipitado en la realización del aborto pero teniendo en cuenta su actitud vacilante, beneficiándoles a la hora de establecer la pena. Asimismo, el TS absolvía al psicólogo que había elaborado los dictámenes, en tanto argumentaba que su intervención se limitaba a la emisión del informe, sin participación en la conducta típica consistente en practicar el aborto.

Del mismo modo, la jurisprudencia era categórica cuando el dictamen preceptivo para el aborto terapéutico por riesgo para la salud psíquica de la mujer lo realizaba un médico especialista en Ginecología u/y Obstetricia. En este sentido la STS de 14 de diciembre de 1992, que utilizaba razones similares a las de las Sentencias anteriores. Según esta Sentencia el especialista en Ginecología y Obstetricia carece de los conocimientos necesarios para realizar este tipo de diagnóstico, y por tanto, el dictamen preceptivo para este caso debe ser emitido por un especialista en el padecimiento a que se hace referencia en el fundamento de la indicación, de manera que la especialidad del médico que emita el dictamen debe ser aquella concerniente al peligro grave al que se alude, en este caso un psiquiatra.

b) Referente al dictamen emitido por el mismo médico que ejecuta el aborto

La jurisprudencia también se mostró concluyente en aquellos casos en que los dictámenes eran elaborados por el mismo médico que posteriormente practicaba el aborto. En este sentido la STS de 1 de diciembre de 1992, en la que los jueces objetaban que esta exigencia legal viene motivada por la necesidad de asegurar la imparcialidad del dictamen, una finalidad que se vería truncada si es el propio médico ejecutor quien evalúa el riesgo para la vida o salud de la mujer. La jurisprudencia optaba por recalcar que por mención expresa del art. 417 bis del CP, el médico especialista que debía emitir el dictamen debía ser *“distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto”*, sin dar pie a valoraciones más profundas del caso.

c) Referente a la forma y al contenido del dictamen

En el aborto terapéutico por riesgo para la salud psíquica de la embarazada, cuando el dictamen médico era emitido por un psiquiatra, la jurisprudencia rechazaba de plano todos aquellos dictámenes psiquiátricos que se limitaban a describir los síntomas que sufría la paciente, y en su defecto, requería un detalle completo de las circunstancias determinantes del peligro y de la necesidad del aborto. Justamente, la jurisprudencia

obligaba a analizar en profundidad el grave peligro para la salud psíquica de la embarazada (antecedentes, sintomatología, consecuencias médicas, etc.), de modo que la simple enunciación de la angustia, ansiedad, insomnio y demás sufrimientos de la mujer no fueron aceptados como suficientes para justificar el aborto.

En este sentido la STS de 1 de abril de 1998, que decía: *“No basta con referirse a un indeterminado e inconcreto riesgo en base a una sintomatología confusa”, siendo preciso “un estudio completo de la embarazada, con los datos relevantes de antecedentes personales y familiares en el campo de lo psicopatológico”*. Este Tribunal consideraba insuficiente el contenido del dictamen psiquiátrico aportado, en tanto había expresado únicamente que la embarazada sufría síntomas de ahogos equiparables a crisis de angustia y ansiedad importante habitual, determinando que la continuación de su embarazo en las circunstancias indicadas implicaba un grave riesgo para su salud psíquica, sin haber entrado a profundizar en el sentido indicado por esta Sentencia, no teniéndose por probada la situación de conflicto de la embarazada que en definitiva servía de fundamento esta indicación.

Al lado de ello, resulta llamativa la desigualdad entre las sentencias que componían la jurisprudencia sobre el aborto.

En el caso de las Sentencias citadas anteriormente (SSTS de 26 de octubre de 2000 y 19 de septiembre de 2001), sobre el dictamen emitido por psicólogo, el TS absolvía al psicólogo que había elaborado los dictámenes argumentando que su intervención se limitaba a la emisión del informe, sin participación en la conducta típica consistente en practicar el aborto, atenuando la pena de los médicos que intervinieron en el aborto por entender que existía un error de prohibición vencible; al contrario, la STS de 1 de abril de 1998, castigaba al psiquiatra que emitía el dictamen con la misma intensidad que al médico que practicaba el aborto, sin aplicarse atenuación alguna. Asimismo, resulta difícil de entender por qué en las SSTS de 26 de octubre de 2000 y 19 de septiembre de 2001, el TS no entra a valor la situación de peligro de la embarazada, de manera que parece admitir la *“grave reacción depresiva”* a que hacía referencia el dictamen del psicólogo; mientras que en la STS de 1 de abril de 1998 sí entra a valorar la situación de conflicto de la embarazada, considerando insuficiente el informe psiquiátrico para estimar probada la concurrencia de tal situación de conflicto, reseñando a un *“estado de crisis de angustia y ansiedad importante habitual”*.

ROPERO CARRASCO apunta que estas desigualdades y supuestas arbitrariedades entre los casos que llegaban a los tribunales, se debían a las deficiencias formales del sistema de indicaciones y a las dificultades para fundamentar adecuadamente el mismo.³⁰⁷

Repitamos que con el paso de los años la jurisprudencia fue tornándose cada vez más generosa en las interpretaciones de los supuestos de impunidad del aborto del sistema de indicaciones del art. 417 bis del CP, existiendo situaciones que a pesar de su igualdad de circunstancias recibieron tratamientos judiciales diferentes con el paso del tiempo.

Acudamos al ejemplo ofrecido por LAURENZO COPELLO: si en un principio el TS condenaba la realización de abortos con base en dictámenes psiquiátricos que “carecían de fundamento” a la hora de justipreciar la situación de conflicto de la embarazada y determinar el peligro grave para la salud psíquica de la misma (STS de 1 de abril de 1998),³⁰⁸ más tarde el mismo TS dejaba exento de pena al médico por entender que actuaba con la creencia invencible de proceder legalmente con base en un dictamen que cumplía las formalidades propias de este tipo de informes y que había sido emitido por un especialista en el sentido del art. 417 bis del CP (STS de 13 de noviembre de 2003³⁰⁹).³¹⁰

d) Referente al tratamiento de la mujer embarazada

La predisposición de la jurisprudencia a reducir cada vez más el número de condenas por delito de aborto, era incluso mayor cuando se trataba de la propia mujer embarazada. Pareciera ser que así lo había previsto el propio legislador cuando declaraba impune la conducta de la mujer embarazada en los casos contenidos en las indicaciones,

³⁰⁷ Véase ROPERO CARRASCO, ADPCP, vol. LVI, 2003, 218.

³⁰⁸ Esta sentencia entendía que el médico que realizaba el aborto estaba obligado a valorar el contenido y la forma de los dictámenes médicos pertinentes, hasta el punto de preocuparse de la corrección técnica del mismo. Véase LAURENZO COPELLO, El aborto, 2005, 31.

³⁰⁹ La STS de 13 de noviembre de 2003, aplicaba las reglas del error de prohibición invencible para dejar exento de pena al médico, las mismas reglas que ya había aplicado el TS para atenuar la pena de los médicos que habían realizado el aborto con base en dictámenes psicológicos. después de haber consultado formalmente al Ministerio de Sanidad sobre la admisibilidad de un dictamen emitido por psicólogo u otro profesional sin titulación médica, sin haber recibido respuesta alguna, en cuyo caso el TS justificaba que era esa actitud dubitativa de los médicos era la que le permitía la atenuación de la pena.

³¹⁰ Al respecto LAURENZO COPELLO, El aborto, 2005, 31 y sig.

incluso cuando la práctica del aborto no se hubiese realizado en un centro o establecimiento público o privado acreditado, o no se hubiesen emitido los dictámenes médicos exigidos como establecía el apartado 2 del art. 417 bis del CP.³¹¹ LAURENZO COPELLO cree que esto se debió a que estas exigencias no tenían nada que ver con la situación de conflicto que justificaba materialmente el aborto, sino con la finalidad de evitar la ejecución del mismo fuera de los casos permitidos por la Ley de las indicaciones, de ahí que este fuese un deber atribuible a aquellos que eran responsables de velar por la efectiva concurrencia de todos los requisitos legales, y no a la mujer que se sometía a la intervención abortiva.³¹²

De ahí que fueron escasos los procesos penales en los que la mujer embarazada resultó imputada por el delito de aborto, a pesar de que podía serlo al tenor de la regulación del delito de aborto en el CP. Más aún, cuando una mujer era imputada por este delito, la jurisprudencia había optado en muchos casos por asegurarle la impunidad recurriendo a las reglas del error de prohibición invencible. En este sentido la STS de 7 de febrero de 1996, que calificó que la mujer embarazada había actuado en la *“creencia fundada y por tanto invencible de estar obrando lícitamente al prestar su consentimiento para el cese de la gestación”* en tanto había acudido un centro acreditado al efecto y había recibido un dictamen favorable para la práctica de la interrupción del embarazo, lo que le había llevado a creer fielmente que estaba obrando legalmente sin que se pudiese sospechar que estaba incumpliendo algún requisito y sin entender que tenía el deber de exigir comprobaciones adicionales destinadas a asegurar la cierta concurrencia de los requisitos formales de la indicación.³¹³

311

Del mismo modo sucedía en el CP de 1995, que otorgaba especial levedad a las penas de la mujer que intervenía en su propio aborto ilegal (consinténdolo o provocándolo ella misma), cuya pena de prisión iba desde los 6 meses a 1 año y la multa de los 6 a los 24 meses. El juez podía optar por la pena de multa, pero incluso cuando optase por la privación de libertad, dada su escasa gravedad, lo normal era que la misma quedase en suspenso. En el CP anterior, el CP de 1944, texto refundido de 1973, el límite superior de la pena de prisión era de hasta 6 años, cuando la mujer se sometía voluntariamente al aborto. Véase supra 1ª, I, 7.2, b) y c).

312

Véase LAURENZO COPELLO, El aborto, 2005, 32.

313

ROPERO CARRASCO, ADPCP, vol. LVI, 2003, 221: “En el caso de Oviedo, en el que el Tribunal considera que la situación de conflicto no está suficientemente fundamentada, no existe en principio obstáculo legal para castigar a la mujer, lo que evidencia que en los supuestos en los que el aborto se reviste de cierta legalidad formal, los jueces parecen más reticentes a condenar a las mujeres.”

Comparto la opinión de LAURENZO COPELLO a pensar que la tendencia jurisprudencial de recurrir al error de prohibición invencible para asegurar la impunidad de la mujer imputada, debía de acogerse con satisfacción en tanto evitaba su condena por la intervención en su propio aborto, pero ello no debía de ocultar, que la solución hallada por los tribunales al respecto, no hacía sino “disculparla” por su participación en un hecho antijurídico cuya ilicitud desconocía, lo que ponía de manifiesto, una vez más, la ineptitud de este sistema de despenalización del aborto, en el que la mujer ocupaba un papel puramente pasivo, siempre a expensas de las valoraciones que sobre sus actitudes y conocimientos realizasen terceras personas.³¹⁴ En mi opinión, la actitud benévola de los tribunales de justicia para con la mujer embarazada era digna de agradecer en unos u otros casos, pero claramente justificar a la mujer embarazada de esta forma ponía en evidencia la inadecuada y peligrosa disposición de los requisitos formales de las indicaciones, pues en la práctica se daba lugar a resultados en muchos casos injustos o desiguales por el interés de que se cumpliera con las exigencias legales del art. 417 bis del CP para que el aborto resultase legal, una situación que además componía una clara deficiencia del sistema español de indicaciones.

La STS de 20 de febrero de 1990, mostraba cierta desigualdad e injusticia al condenar a una mujer por un delito de aborto “*honoris causa*”. Se trataba de una mujer de etnia gitana que había recurrido al aborto por temor a comunicarle el embarazo a sus padres, hasta el punto de temer que sus padres pudieran matarla de una paliza, toda vez que en su cultura mantener relaciones sexuales con un varón que no pertenezca a su comunidad, máxime estando soltera, es una grave ofensa para los familiares de la embarazada. Según la descripción de los hechos, la curandera que había ejecutado el aborto (también condenada a un año de prisión), le había introducido a la mujer en la vagina una “sonda jabonosa”, con la que tuvo que andar algún tiempo, motivo por el cual había empezado a sangrar por la vagina, debiendo ser trasladada de urgencia al hospital donde se le practicó un legrado, dictaminándose un aborto provocado, denunciándose los hechos. Incuestionablemente si la mujer hubiese contado con los medios económicos precisos y cierta cultura e información, hubiese acudido a un centro sanitario acreditado al efecto en el que seguramente le hubiesen practicado el aborto al amparo de la indicación terapéutica por grave riesgo para la salud psíquica, dada la grave angustia y depresión que sufría al temer incluso por su integridad física. Es más, probablemente su caso nunca

314

Véase LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 33.

hubiese llegado a ser investigado, y de llegar a los tribunales, posiblemente no hubiese resultado imputada ni mucho menos condenada.³¹⁵

Cabe insistir que no menos injusto resulta que se dejara fuera del alcance de la indicación ética aquellos delitos sexuales de los que igualmente había resultado un embarazo no deseado por la mujer, como el incesto o el estupro. En la práctica, esta situación era capaz de producir casos muy dramáticos, dadas las circunstancias que lo rodeaban, que permite reiterar el inadecuado contenido de los requisitos formales del sistema de indicaciones español, y propiamente de la indicación ética. En este sentido la STS de 30 de enero de 1991, que negaba la aplicación retroactiva del art. 417 bis del CP, a un supuesto de aborto practicado a una menor que había resultado embarazada a partir de un delito continuado de estupro, siendo posteriormente el TC quien confirma dicha inaplicación retroactiva en STC de 15 de febrero de 1994. El TC entiende que la indicación ética exigía claramente que el embarazo fuese consecuencia de un delito de violación, y no de un delito de estupro, no teniendo relevancia el embarazo fruto de una situación continuada de estupro donde el autor del delito aprovechó una concreta y especial situación de superioridad, confianza, prestigio o potestad con respecto a la víctima para cometer con éxito el acto criminal (prevalimiento). Es más, el alto Tribunal considera que dicho prevalimiento es sólo una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal que en ningún caso admite la aplicación de la indicación ética.

ROPERO CARRASCO considera que las escasas sentencias sobre abortos éticos ponían de manifiesto un dato que no resultaba de fácil acomodo cuando se trataba de explicar el fundamento de la exención, esto es, la consideración de la “culpa” en la causación del conflicto que se encuentra tras la indicación ética, pareciendo apuntar a la creencia de que los intereses de la mujer son tenidos en cuenta muy especialmente cuando no hubiese tenido culpa en la responsabilidad del embarazo, frente a aquellas situaciones en que hubiese disfrutado de una relación sexualmente consentida.³¹⁶ A mi modo de ver, es injusto y desigual sortear el drama de una mujer que resulta embarazada después de haber sido víctima de un delito sexual distinto del de violación, simplemente

315

ROPERO CARRASCO señala que todavía en la década de los 90 en España resultaba más relevante para el sistema jurídico y judicial que la mujer pretendiera ocultar su deshonor, más que el posible conflicto de intereses entre la vida del *nasciturus* y su libertad, intimidad y dignidad a partir de la continuación del embarazo. ROPERO CARRASCO, ADPCP, vol. LVI, 2003, 221.

316

ROPERO CARRASCO, ADPCP, vol. LVI, 2003, 221.

porque el art. 417 bis del CP sólo marcaba los embarazos a consecuencia de un delito de violación, estimando insuficiente el engaño o prevalimiento de otros casos en que no se había ejercido violencia o intimidación contra la mujer, pero que por ello no eran menos dramáticos. De este modo se convertía a la mujer embarazada en una doble víctima: del delito sexual del que había resultado su embarazo y de las deficiencias de un sistema de indicaciones que resultaba paradójico, despreciando sus derechos ante casos equivalentemente conmovedores.

6. *Las deficiencias del sistema de indicaciones español del artículo 417 bis del Código Penal*

El sistema de indicaciones acogido por el Derecho español supuso una solución político-criminal a las graves y dañinas consecuencias sociales de la prohibición absoluta del aborto.

Desde su acogimiento se tuvo claro que presentaba deficiencias importantes, pero aún así se consideraba el modelo más acorde con la realidad política, social y religiosa de la España de aquel momento. LAURENZO COPELLO apunta que todo sistema de indicaciones se funda en una estricta ponderación de los intereses concurrentes en cada una de las situaciones previstas como impunes, de ahí la particular dependencia de este modelo respecto de las valoraciones imperantes en cada momento histórico en el ordenamiento jurídico y en la sociedad en su conjunto, ya que son precisamente estos criterios generales de valor, los que determinan que la balanza se incline a favor de alguno de los intereses que entran en conflicto en cualquier supuesto indicado, contribuyendo así de modo muy significativo a marcar el límite entre el aborto prohibido y el permitido.³¹⁷

Las deficiencias propias de cualquier sistema de indicaciones se agravaron en el caso español al ponerse en práctica el inadecuado catálogo de requisitos formales que dispuso el art. 417 bis del CP. Además, la ausencia de una regulación específica del derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario y del consentimiento de la menor de edad, así como los importantes cambios políticos, sociales y legales (CP de 1995) que acontecieron en España después de la entrada en vigor de este sistema despenalizador, empeoraron las deficiencias hasta patentizar la ineffectividad del sistema

317

Véase LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 19.

para proteger los derechos y bienes jurídicos en conflicto, generando tal desigualdad e injusticia como para llegar a considerar arcaico dicho régimen despenalizador con el paso del tiempo.³¹⁸

Si bien la táctica de las clínicas privadas de interpretar ampliamente el supuesto de peligro para la salud de la mujer embarazada (amparándose en la definición de salud de la OMS) minorizó las deficiencias de este modelo, con ello realmente no se solucionaron las mismas, sino que más bien se empezó a tomar consciencia de que lo que España necesitaba era reformar su Ley sobre el aborto con miras de superar sus deficiencias.

Esta parecía ser la voluntad del legislador cuando renunció a introducir el art. 417 bis del CP derogado en el nuevo CP de 1995, explicando en su exposición de motivos la necesidad de elaborar una ley especial del aborto que superase las deficiencias del sistema de indicaciones.³¹⁹ No obstante, no es hasta 2010, 15 años más tarde, cuando el legislador español se ocupa de la despenalización del aborto a partir del modelo de plazos con asesoramiento para suplir las deficiencias del modelo de indicaciones.

Ahora veamos las deficiencias del sistema de indicaciones del art. 417 bis del CP español:

6.1. El menoscabo de los derechos fundamentales de la mujer embarazada

El menoscabo de los derechos fundamentales de la mujer embarazada es una deficiencia inherente a todo modelo de indicaciones, de modo que a efectos del sistema de indicaciones español del art. 417 bis del CP también resulta importante considerar esta carestía.

³¹⁸

LAURENZO COPELLO, RPJTD, núm. 3, 2008, 235 v. sic.: “Muy pocos pensaron que se trataba de una normalidad muy frágil, conseguida a costa de forzar una legislación profundamente restrictiva. Basta una somera lectura del conjunto de indicaciones recogidas en el artículo 417 bis –aislado superviviente de un cuerpo normativo derogado hace más de diez años- para comprobar que se trata de un modelo obsoleto que ha funcionado hasta ahora gracias a la conjunción de una serie de circunstancias pragmáticas bastante alejadas de sus bases técnico-jurídicas”

³¹⁹

LAURENZO COPELLO, El aborto, 2005, 19: “Por eso, la decisión del legislador de mantener inalterada la regulación penal del aborto pese a la profunda renovación valorativa y político-criminal que supuso el nuevo CP, necesariamente debía dar lugar a incongruencias difíciles”.

Como es sabido, el problema principal del sistema de las indicaciones reside justamente en que los casos de aborto legal contemplados por las indicaciones realmente no solucionan el problema del aborto (el conflicto de bienes jurídicos entre la vida humana en formación y los derechos fundamentales o bienes jurídicos de los que la mujer es titular), sino que sencillamente legitiman situaciones exageradas que no deberían ofrecer ninguna duda desde la perspectiva del estado de necesidad. En otras palabras, este modelo no satisface una gran mayoría de supuestos de conflicto entre bienes jurídicos que existen en torno al aborto, puesto que dada su característica más importante, esto es, el carácter tasado y excepcional de los supuestos de impunidad del aborto, la interrupción del embarazo sólo está permitida si en el caso concreto están presentes todos y cada uno de los elementos del conflicto y los requisitos previamente establecidos en la ley.

En consecuencia, únicamente cuando la voluntad de la mujer embarazada de interrumpir el embarazo va seguida del conjunto de requisitos y circunstancias dispuestas por las indicaciones, se pueden considerar como preponderantes los bienes jurídicos o derechos fundamentales de la mujer frente a la vida del *nasciturus*. Por tanto, fuera de los casos contemplados en las indicaciones, los derechos de las mujeres embarazadas o los bienes jurídicos que le son propios (su dignidad como persona, su libertad, el libre desarrollo de su personalidad (art. 10), los derechos a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, entre otros) resultan sencillamente impracticables o postergados.

En el caso español, la falta de inclusión del cuarto supuesto o indicación socio-económica en el catálogo de las indicaciones y el complejo catálogo de requisitos que se disponían para cada supuesto de impunidad agravaron este escenario, aunque en cierto modo el talante de las clínicas privadas de interpretar ampliamente el supuesto de peligro para la salud de la mujer embarazada (amparándose en la definición de salud de la OMS) minorizó esta deficiencia.

Específicamente, la reserva de la autorización o decisión final sobre el aborto a terceras personas, característica del sistema puro de indicaciones, donde un tercero (juez, médico, comisión de especialistas, etc.) tiene la función de evaluar y certificar la efectiva presencia del supuesto de aborto impune, siendo quien decide si en un caso concreto concurren o no todas las circunstancias que configuran el conflicto definido en la ley como base de la indicación, vulnera el derecho a la intimidad de la mujer embarazada, pues para que el tercero pueda determinar si en un caso concreto se dan los requisitos de la

indicación, debe investigar el entorno personal, social y económico de la madre, efectuando una auténtica intromisión en su esfera más íntima (deseos, sentimientos, perspectivas de futuro y afectos personales).

Así, el sistema de indicaciones, incluso en sentido amplio (incluyendo cuarto supuesto), vulnera el derecho a la intimidad de la mujer si la decisión última sobre el aborto reside en un tercero. Es más, se menoscaba no sólo la intimidad sino también la dignidad de la mujer embarazada a la hora de comprobar el fundamento jurídico de la indicación socioeconómica, pues también es preciso entrar a valorar, más allá de la imparcialidad, la situación personal de la mujer en sus aspectos económico y social irrumpiendo en su entorno más íntimo (circunstancias laborales, sentimentales, familiares, relaciones personales, etc.). Y más aún, una vez conocidas las circunstancias más íntimas de la mujer, el tercero designado al efecto valora subjetivamente las circunstancias personales de la mujer, decidiendo si las mismas son suficientes para justificar el aborto.³²⁰

En conclusión, el sistema de indicaciones resultaba claramente inefectivo para proteger los derechos fundamentales de la mujer embarazada o los bienes jurídicos que a ella le pertenecen, generando tal desigualdad y sinrazón como para considerar seriamente la necesidad de despenalizar el aborto más allá de este modelo.

6.2. La inseguridad jurídica para todos los intervinientes en el aborto

Como es sabido, una de las características principales del sistema de indicaciones es que se basa en un modelo de regla-excepción, esto significaba que por regla general el aborto es ilegal salvo en determinadas situaciones de conflicto predeterminadas por la ley. O sea, la legalidad del aborto siempre está supeditada al cumplimiento de todos los requisitos formales y a la concurrencia de las circunstancias establecidas previamente por el legislador para cada supuesto de impunidad.

Por consiguiente, esta característica del modelo de las indicaciones soporta una importante deficiencia del mismo: la inseguridad jurídica para todos los intervinientes en el aborto. De ahí que se considere que la inseguridad jurídica está implícita en este sistema,

³²⁰ Al respecto LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 40 y sig.

independientemente del sentido amplio o restringido del catálogo de supuestos de impunidad que lo conforme (aún cuando incluya el supuesto socioeconómico).³²¹

La inseguridad jurídica se traduce en la posibilidad de un control judicial posterior a la ejecución de todo aborto. Es decir, siempre que se alegue la ejecución de un aborto legal al amparo de alguna de las indicaciones contempladas en un sistema de indicaciones, los tribunales tienen la legítima facultad de comprobar si todos los intervinientes en el mismo cumplieron con los requisitos formales del modelo y si se dieron las circunstancias propias de la indicación alegada.

La esencia de la inseguridad jurídica propia del sistema de indicaciones se encuentra en el riesgo que corren todos los intervinientes en el aborto, a toparse con apreciaciones desiguales e injustas de los peritos o los jueces a la hora de entrar a valorar la efectiva concurrencia de los presupuestos propios de la indicación alegada como bien vimos que ponía de manifiesto la jurisprudencia española.³²²

6.3. Las dificultades territoriales y económicas para acceder al aborto legal y la falta de regulación de la objeción de conciencia

Otra de las deficiencias que presentaba el sistema de indicaciones español eran las dificultades territoriales y económicas con que se encontraban las mujeres de muchas ciudades de España a la hora de intentar abortar legalmente a través del sistema de sanidad pública, como resultado de la masiva objeción de conciencia que tuvo lugar en los servicios de Ginecología y Obstetricia de los hospitales públicos españoles, a consecuencia de la inseguridad jurídica que soportaban los intervinientes en el aborto, dificultades que se agravaron ante la falta de regulación del derecho a la objeción de conciencia en el Derecho español,³²³ y más aún, por el amplio reconocimiento del mismo que hacía la STC 53/1985.

³²¹ LAURENZO COPELLO apunta que las auténticas claves de la falta de seguridad jurídica se encuentran en las características intrínsecas del sistema de indicaciones. Véase LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 19.

³²² Véase supra 1^a, II, 5.2.

³²³ El derecho a la objeción de conciencia no había sido nunca regulado en España, a diferencia de lo que ocurría en otras legislaciones de nuestro entorno. Cfr. LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 60; y ROMEO CASABONA, *Objeción de conciencia y aborto: propuestas*, en *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. II, 1997, 739.

Como hemos visto muchos de los pronunciamientos jurisprudenciales que tuvieron lugar durante la vigencia del sistema de indicaciones, pusieron de manifiesto el riesgo a un posible control judicial posterior a la práctica del aborto amparado en este sistema y las sentencias desiguales e injustas que recayendo en primerísimo lugar en los médicos que intervenían de una u otra forma en la ejecución del aborto, que muchas veces creían obrar legalmente, cumpliendo el complejo catálogo de requisitos y circunstancias de la indicación alegada,³²⁴ lo que motivó que la mayor parte de los médicos, sobre todo de la sanidad pública, prefirieran mantenerse al margen de la práctica de las interrupciones del embarazo, valiéndose de la falta de regulación del derecho a la objeción de conciencia y del reconocimiento amplio e indeterminado de este derecho en la STC 53/1985 (este derecho existe y puede ser ejercido con independencia de que se hubiese dictado o no tal regulación, al formar parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la CE, de manera que, como ha indicado este TC en diversas ocasiones, la CE es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales).³²⁵

Así, muchos servicios hospitalarios de la sanidad pública resultaban prácticamente sin personal autorizado dispuesto a realizar las interrupciones del embarazo, de manera que los servicios de Ginecología y Obstetricia de muchos hospitales públicos se veían colapsados y con listas de espera imposibles, entretanto, en otros centros hospitalarios se llegó incluso a recurrir a la objeción de conciencia en bloque;³²⁶ una realidad que naturalmente limitaba a muchas mujeres el acceso al aborto en condiciones de igualdad en un hospital público de su lugar de residencia.

324

Véase supra 1ª, II, 5.2.

325

Indudablemente se trata de una fundamentación sumamente generosa que admitía que cualquier médico o empleado sanitario pudiera negarse a practicar un aborto o a participar en él por razones de conciencia; un desacierto del TC que debió haber aprovechado la STC 53/1985 para precisar el derecho a la objeción de conciencia en torno al aborto. Véase supra 1ª, II, 6.3.

326

LAURENZO COPELLO, El aborto, 2005, 61: "La naturaleza estrictamente personal de esta prerrogativa, asociada al contenido de uno de los derechos fundamentales del Título I de la Constitución, apunta a la conveniencia de darle cabida en nuestro ordenamiento positivo como un derecho atribuible únicamente a las personas físicas, con exclusión de las personas jurídicas o de torso colectivos. No parece razonable que un derecho asociado a aspectos tan personales como las convicciones éticas y religiosas pueda dar lugar a declaraciones en bloque del servicio de ginecología de un hospital por ejemplo."

Para garantizar el pleno ejercicio del derecho a abortar de las mujeres, algunas comunidades autónomas suscribieron acuerdos con clínicas privadas a las que derivaban a las mujeres embarazadas para poder abortar legalmente. Lo hacían mediando cartas de pago o bien reintegrando el precio de la intervención a la mujer embarazada. Sin embargo, las mujeres de muchas ciudades españolas no corrieron la misma suerte, viéndose obligadas a acudir a la sanidad privada, pagando de su bolsillo el precio de la intervención abortiva, o peor aún, teniendo que soportar las dificultades de la sanidad pública. Otras muchas mujeres optaron por trasladarse a otras ciudades españolas para acceder al aborto, en cuyos casos eran indiscutibles las dificultades territoriales y económicas que soportaban para poder abortar en condiciones de igualdad y legalidad.

En consecuencia, se empezaba a asumir con resignación la falta de recursos públicos para acceder al aborto legal y voluntario en casi todos los hospitales públicos, tomándose con cierta normalidad la necesidad de recurrir a los servicios sanitarios privados para abortar, asumiendo el precio de la intervención, o de optar por viajar a otras ciudades españolas o a otros países europeos para abortar legalmente.³²⁷

Esta situación también influyó significativamente en el elevado número de interrupciones del embarazo practicadas en la sanidad privada (el 97,57% del total de los abortos frente a un 2,43% de intervenciones que se ejecutaban en hospitales públicos), como observábamos anteriormente, al estudiar los datos estadísticos del Ministerio de Sanidad.³²⁸

A mi modo de ver, esta situación generó una odiosa desigualdad entre las mujeres españolas, sobre todo respecto a aquellas con pocos recursos económicos o procedentes de zonas donde el color político o la ideología de sus habitantes trascendían negativamente en sus intereses o derechos cuando pretendían abortar, de manera que muchas mujeres se vieron obligadas a pagar por un aborto ante la sanidad privada o a

³²⁷

LAURENZO COPELLO destaca dos cuestiones importantes al respecto: la desigualdad de la distribución geográfica de las interrupciones voluntarias del embarazo practicadas en España, hasta el punto de existir algunas comunidades autónomas como Navarra, donde directamente no se ejecutaban abortos legales; y la mayor o menor disposición de los poderes públicos a facilitar la financiación de los abortos legales a través de centros privados, vinculada del color político e ideológico de quienes ostentaban el poder en cada momento. Véase LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 36 y sig.

³²⁸

Véase supra 1^a, II, 5.1.

buscar el acceso al aborto legal en la sanidad pública de otras ciudades, cuando realmente tenían derecho a esta prestación a través de centros sanitarios públicos de su lugar de residencia. En definitiva, las dificultades territoriales y económicas que tuvieron que soportar las mujeres españolas que necesitaron acceder al aborto legal y gratuito supusieron un detrimento injusto de sus derechos, inaceptable teniendo en cuenta el carácter restringido del sistema de indicaciones español y la colocación que este sistema hacía de la mujer embarazada, en un segundo plano, al otorgar a un tercero la decisión final sobre la concurrencia o no de su propio aborto.

6.4. La falta de regulación del consentimiento de las mujeres embarazadas menores de edad

Una deficiencia más del sistema de indicaciones español era la falta de regulación del consentimiento de las mujeres menores de edad.

Recuérdese que uno de los requisitos generales más importante del aborto indicado del art. 417 bis del CP era el consentimiento expreso de la mujer embarazada. Este requisito fue esencial para determinar la legalidad del aborto al tenor de cualquiera de las indicaciones, en tanto se refería al consentimiento expreso y libre de la mujer embarazada para autorizar la práctica de su propio aborto. Aquí jugaba un papel importantísimo la voluntad de la mujer y su derecho a decidir libremente sobre su maternidad, ya sea para decidir interrumpir el embarazo o para continuar con él.³²⁹

A pesar de la importancia de este requisito general, la Ley Orgánica 9/1985, que incorporaba el sistema de indicaciones, no preveía una regulación especial del consentimiento expreso de la embarazada, de manera que no sistematizaba los requisitos de validez del mismo, y peor aún, no precisaba las exigencias propias de algunos supuestos de especial conflicto, como era el caso del consentimiento de las menores de edad o incapaces.³³⁰

329

Véase supra 1ª, II, 4.1, a).

330

LAURENZO COPELLO, El aborto, 2005, 54: "Todo ello a diferencia de la regulación de otros casos cercanos igualmente alcanzados por el Derecho penal, como el de la esterilización consentida (art. 156 CP), donde se establecen con toda precisión las características del consentimiento, así como el trámite y requisitos para suplirlo en caso de personas incapacitadas que adolezcan de una grave deficiencia psíquica."

Del mismo modo, la STC 53/1985 tampoco se pronuncia sobre el problema del consentimiento de las menores de edad en el aborto, afirmando imprecisamente que a la forma de prestar el consentimiento la menor de edad o incapaz, se podrá aplicar la regulación establecida por el derecho privado (FJ 14). LEMA AÑÓN se preguntaba qué había querido decir el TC con esto, y si ello significaba que el TC optaba por la mayoría de edad, a lo cual decía tajantemente que no, puesto que la regulación establecida en el derecho privado no era únicamente la de mayoría de edad.³³¹

La falta de regulación del consentimiento de las menores de edad en caso de aborto se intentó enmendar con una interpretación doctrinal de las normas existentes que no estuvo libre de polémica.

La doctrina penal minoritaria consideró que la menor de edad no podía otorgar un consentimiento válido, habiendo quienes remitían la validez del mismo a los 16 años de edad y quienes lo hacían a los 18 años.³³²

Por su parte, la doctrina penal mayoritaria consideró que la menor podía dar un consentimiento válido en los casos en los que tuviese la capacidad o aptitud real para ello, inclinándose por reconocer validez al consentimiento de las menores al menos a partir de los 16 años, sin descartar edades más tempranas cuando existía cierto grado de madurez en la embarazada, o como señala LAURENZO COPELLO, cuando la menor de edad reunía las condiciones intelectuales suficientes para comprender el sentido y alcance de la intervención abortiva.³³³ Es decir, la decisión de la menor de edad sobre el aborto se consideraba válida por el sector doctrinal penal mayoritario cuando se reunían las condiciones de madurez para tomar esa decisión o la menor de edad poseía la “capacidad natural de juicio” para ello, de manera que demostrara una “aptitud volitiva suficiente al efecto con independencia de su estado civil o de su edad cronológica”, siendo preciso el

³³¹ LEMA AÑÓN, Sobre el consentimiento de las menores para la interrupción voluntaria del embarazo, JD, núm. 43, 2002, 35.

³³² Sobre los principales argumentos de esta postura doctrinal, véase LEMA AÑÓN, JD, núm. 43, 2002, 36.

³³³ LAURENZO COPELLO, El aborto, 2005, 54.

“examen individualizado de la capacidad natural para consentir” de la menor de edad, para cada caso concreto.³³⁴

De conformidad con las formulaciones interpretativas del sector doctrinal mayoritario, la jurisprudencia también reconoció la validez del consentimiento para abortar de la menor de edad, en los casos en que la misma presentaba la madurez precisa para ello.

De modo implícito lo hacían las SSTs de 30 de enero y 25 de noviembre de 1991, que si bien condenaban a las menores de edad por un delito de aborto, lo hacían por incumplimiento de los requisitos del art. 417 bis del CP, y no por entender que se trataba de un aborto sin consentimiento. Así, estas Sentencias no advertían en modo alguno la presunta ineficacia del consentimiento expreso de la menor de edad.³³⁵

De manera explícita, la SAP de Málaga 49/2002, sección 3ª, de 20 de abril, admitía la validez del consentimiento prestado por una menor de edad que vivía con su novio, al entender que si la legislación española permite a las menores de edad emancipadas contraer matrimonio con todas las consecuencias legales, dichas menores debían ser y eran capaces para consentir en los términos establecidos en el CP.

En cualquier caso admítase que la existencia de la capacidad de las mujeres menores de edad para ofrecer un consentimiento válido para abortar, del que dependía la legalidad del aborto, debía haberse regulado con claridad por la Ley de indicaciones, máxime si se parte de una presunción de la validez de dicho consentimiento, puesto que claramente esta situación suponía aún más inseguridad jurídica para los médicos y demás personal sanitario de las clínicas acreditadas para la práctica del aborto, al mismo tiempo que para las menores de edad que se sometían al aborto.

334

Sobre las formulaciones interpretativas del sector doctrinal mayoritario penal y los argumentos utilizados por la doctrina mayoritaria para interpretar que el consentimiento de la menor de edad era válido y suficiente en caso de aborto, véase LEMA AÑÓN, JD, núm. 43, 2002, 36 y sig.

335

En este sentido LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 55: “De hecho, como bien destaca Lema Añón (2002:37), la propia jurisprudencia ha venido a reconocer implícitamente esta línea interpretativa al castigar en más de una ocasión por delito de aborto consentido ciertos supuestos e prácticas abortivas sobre mujeres menores –en algún caso de catorce años de edad– donde no concurrían los requisitos del art. 417 bis. De haberse puesto en duda la capacidad de las menores para consentir, la calificación correcta hubiese sido la más grave de aborto sin consentimiento que recoge el art. 144 CP.”

Anótese también que las menores de edad a quienes se les requería el permiso de sus padres o representantes legales para poder abortar legalmente, veían limitados sus derechos fundamentales a la intimidad y a la libertad, al ser obligadas por las circunstancias a someter su decisión de abortar legalmente al acuerdo y asentimiento de sus padres o representantes legales, por temor a verse inmersas en un proceso penal posterior del que podrían resultar condenadas por delito de aborto.

Más tarde, otras leyes regularon este extremo, aunque no de forma satisfactoria.

En 2001, en la Comunidad Autónoma de Galicia, entraba en vigor la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, en la que se establecía que la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida, se regían por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

En 2002 entraba en vigor la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, de aplicación en todo el territorio español. En términos generales esta Ley reconocía la plena capacidad para consentir las intervenciones médicas a los menores de edad con 16 años cumplidos o que sin llegar a dicha edad tuviesen la capacidad intelectual y emocional suficiente para comprender el alcance de la intervención a la que se iba a someter, obviamente cuando los menores no sufrían una incapacidad por otras causas.

Fuera de dichos casos, el art. 9.3 de esta misma Ley, regulaba el “consentimiento por representación”. Decía textualmente este artículo: *“3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente. c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.”* Seguía diciendo este artículo *“Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el*

consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.”

Hasta aquí parecía que esta Ley había tenido en cuenta los problemas prácticos de la falta de regulación del consentimiento de las menores de edad en torno al aborto, otorgando validez a su consentimiento incluso cuando la intervención supusiera un grave riesgo.

No obstante, si se seguía leyendo el art. 9, en el inciso 4, se excluía de los criterios anteriores (inciso 3), la interrupción voluntaria del embarazo.³³⁶ Así, se indicaba que a la misma le eran de aplicación las reglas generales sobre la mayoría de edad y las disposiciones especiales de aplicación. Es decir, en el caso de aborto en menor de edad sólo se podía acudir a las reglas generales sobre la mayoría de edad, establecidas en el art. 12 de la CE³³⁷ y el art. 315 del CC,³³⁸ que hacían referencia a que la mayoría de edad a partir de los 18 años.³³⁹

Por el contrario, existían excepciones en las que un menor de edad podía adquirir antes de cumplir los 18 años la capacidad necesaria para ciertos actos, bien legalmente o a través de autorizaciones judiciales. Por ejemplo: otorgar un testamento, contraer matrimonio, emanciparse, etc. Sin embargo, en ningún caso se hacía mención a la validez del consentimiento de las menores de edad para abortar. De hecho, las excepciones a la mayoría de edad y los preceptos que las contenían (artículos 162, 322, 1263, 1300, 1301 y 1310 del CC, y 2 y 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor) sirvieron de fundamento a muchas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales que trataron de solventar la falta de regulación del consentimiento de las menores de edad en torno a la práctica del aborto.³⁴⁰

³³⁶ Al igual que se excluía la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida.

³³⁷ Art. 12 de la CE: “*Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años.*”

³³⁸ Art. 315 del CC: “*La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos.*”

³³⁹ Era la única opción teniendo en cuenta que el consentimiento de las menores de edad a efectos de la interrupción voluntaria del embarazo no había sido objeto de regulación en disposiciones especiales.

³⁴⁰ Véase LEMA AÑÓN, JD, núm. 43, 2002, 35.

En definitiva, la Ley sobre los derechos del paciente no ofrecía una solución adecuada al problema del consentimiento de las menores de edad para la interrupción voluntaria del embarazo, pues si bien esta Ley al fin regulaba una cuestión que no podía seguir sistematizada doctrinalmente, la forma de hacerlo supuso un retroceso con respecto a la doctrina mayoritaria, la jurisprudencia y la práctica del aborto en España, que dejaba atrás el reconocimiento doctrinal y jurisprudencial de la validez del consentimiento de las menores de edad de 16 años o con criterio suficiente para entender el alcance del aborto. Se optó así por la mayoría de edad a partir de los 18 años como determinante de la capacidad para consentir el aborto, requiriéndose el consentimiento expreso de los padres o representantes legales de las menores de edad.

LEMA AÑÓN considera que no tuvo sentido que se prescindiera del criterio general de atención a la madurez de la menor para optar por un criterio claramente formalista como el de la mayoría de edad a los 18 años, teniendo en cuenta que se trataba de un aspecto que era, si cabía, más personal que las intervenciones sometidas a consentimiento.³⁴¹

A partir de la Ley sobre los derechos del paciente de 2002, en la inmensa mayoría de los centros sanitarios acreditados para la práctica de las interrupciones del embarazo se requirió el consentimiento de los padres o representantes legales de las menores de 18 años para poder abortar, lo que supuso una regresión que comprometía los derechos y las libertades de las menores de edad que se veían obligadas a hacer partícipes de un asunto íntimo y meramente personal a sus padres o representantes legales por imposición legal.

Enfatizando, la imposición legal del consentimiento expreso de los padres o representantes legales de las menores de edad para poder optar al aborto legal indicado, producía la limitación del derecho a la libertad personal, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad y el debido respeto a la autonomía de la voluntad de las menores.³⁴²

³⁴¹ En este sentido LEMA AÑÓN, JD, núm. 43, 2002, 35.

³⁴² LAURENZO COPELLO apunta que desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico, cabrían todavía algunos argumentos capaces de mantener la licitud de las interrupciones del embarazo consentidas por menores de edad, en el sentido de la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia indicadas anteriormente, sin embargo, entiende que estas alternativas teóricas no proporcionaban la debida seguridad jurídica a quienes intervenían en la práctica de abortos autorizados por la Ley de indicaciones de 1985. LAURENZO COPELLO, El aborto, 2005, 56.

Asimismo, la realidad social española de aquel momento, donde las jóvenes se iniciaban cada vez más pronto en las relaciones sexuales, y en consecuencia, se daba un alto porcentaje de abortos entre jóvenes menores de 18 años, el aborto de menores de edad se convierte en un problema de gran importancia social.³⁴³ Por tanto, resultaba necesario conceder plena validez al consentimiento de las menores de edad para la práctica del aborto, lógicamente cuando se tratase de menores que no padecían ninguna incapacidad.

A mi modo de ver, se tratase o no de mujeres embarazadas menores o mayores de edad, quedaba claro que el sistema de indicaciones del art. 417 bis del CP resultaba insuficiente para proteger los derechos fundamentales de las mujeres embarazadas en general, de modo que este sistema por sí mismo no era capaz de cumplir el mandato constitucional del respeto de los derechos de las mujeres en condiciones de igualdad y justicia.

7. *La regulación del aborto punible en el Código Penal de 1995*

Mediante la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se promulga el nuevo CP de 1995. Su propia Exposición de Motivos apunta que cuando cambian los valores y principios básicos de la convivencia social tutelados por el CP, este también debe cambiar, de manera que la necesidad de su reforma no podía discutirse, máxime teniendo en cuenta las profundas modificaciones de orden social, económico y político sucedidas en España, así como que el anterior CP de 1944, Texto refundido 1973, “en lo que pudiera considerarse su núcleo básico”, era “del pasado siglo”.

El anterior CP (CP de 1944, Texto refundido 1973) utilizaba la rúbrica “delitos contra las personas” para el Título VIII del Libro II, donde se recogían los delitos contra la vida y la integridad corporal, regulando en el capítulo III el delito de aborto.

Por su parte, el nuevo CP de 1995 prescinde de esta clasificación, partiendo de que la persona además de ser titular de su vida y su integridad corporal es titular de otros

343

Véase supra 1ª. II. 5.1. Asimismo, LAURENZO COPELLO. El aborto. 2005. 56: “Según un estudio del Consejo Superior de Investigaciones Científicas de 2000, el porcentaje de interrupciones del embarazo de jóvenes entre 15 y 19 años se incrementó en 18 puntos entre los años 1990 y 1997, llegando en ese último año al 38,8% del total de embarazos en esa franja de edad, lo que suponía una tendencia claramente ascendente en los abortos de mujeres adolescentes.”

bienes jurídicamente protegidos como el honor, la libertad, la integridad moral, el patrimonio, etc. Así, agrupa los delitos en función del bien jurídico protegido, regulando el aborto punible bajo el nombre “del aborto”, en el Título II, del Libro II, artículos 144 y sigs.³⁴⁴

El CP de 1995 presenta ciertas particularidades y algunas novedades en materia de aborto que resultan de gran interés. Introduce así importantes avances en las valoraciones político-criminales del aborto y crea nuevos delitos que vienen a tutelar diferentes bienes jurídicos en las distintas fases de desarrollo de la vida anterior al nacimiento.

Primeramente, deja en una situación de provisionalidad la regulación penal del aborto, al no introducir en su texto principal el art. 417 bis del CP derogado relativo al aborto impune. En su lugar, la exposición de motivos del nuevo CP mencionaba la necesidad de elaborar una ley especial que contemple las deficiencias del sistema de indicaciones. En consecuencia, la legislación penal española sobre el aborto quedaba contenida en dos sitios diferentes: el aborto punible queda regulado en el Libro II, Título II del CP, artículos 144 y sigs., y el aborto impune del art. 417 bis del derogado CP, se mantenía en vigor mediante la disposición derogatoria única 1.a) del nuevo CP de 1995.

Luego, reduce considerablemente las penas de los delitos de aborto en que media consentimiento de la mujer embarazada. El ejemplo más claro lo ofrece el aborto doloso realizado por la propia mujer, o la responsabilidad penal de la mujer que consiente que otra persona le cause el aborto (art. 145.2), en cuyos casos se aplica una pena especialmente leve (de 6-12 meses de prisión o multa de 6-24 meses) en comparación con la pena establecida para las mismas conductas por el anterior CP (art. 413) de prisión menor (pena privativa de libertad de 6 meses-3 años). Otro ejemplo yace en la diferencia de penas que el nuevo CP dispone para los delitos de aborto sin consentimiento (144 CP) y aborto consentido (art. 145.1 CP): de 4-8 años de prisión e inhabilitación profesional de 3-10 años, y de 1-3 años de prisión e inhabilitación de 1-6 años, respectivamente. Esta considerable reducción de penas para los delitos donde media el consentimiento de la mujer, claramente evidencia la importancia que el legislador otorga a la voluntad de la madre (por continuar o interrumpir el embarazo) como factor decisivo a la hora de determinar la gravedad del delito.

344

Véase MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1999, 25 y 82.

Al mismo tiempo, eleva a la categoría de delito ciertas conductas que anteriormente eran impunes. Se criminaliza, por un lado, el aborto ocasionado por un tercero cuando media imprudencia grave o imprudencia grave profesional (art. 146);³⁴⁵ y por otro lado, las lesiones causadas al feto dentro del claustro materno, de manera dolosa o imprudente (art. 157), haciéndose referencia a lesiones o enfermedades que perjudicasen gravemente el normal desarrollo del feto o le provocasen una grave tara física o psíquica, pudiendo ser ocasionadas por cualquier medio o procedimiento.³⁴⁶ Así, estas nuevas conductas delictivas comparten el mismo objeto material, procurando impedir agresiones al feto o al embrión anidado en el útero materno que pudieran conseguir ponerle en peligro o dañar su salud, integridad o existencia.

Se crean los delitos relativos a las manipulaciones genéticas (art. 159 y sigs.), cuyo objeto material es el embrión pre-implantatorio. Estos delitos, más que proteger al “preembrión” contra intervenciones genéticas que pudieran dañarlo o destruirlo y suponer un adelantamiento de la protección penal a fases de desarrollo embrionario anteriores a la anidación del óvulo fecundado en el útero materno, lo que protegen es la inalterabilidad del patrimonio genético humano, así como la identidad del ser humano, castigando la utilización del genotipo mediante el manejo abusivo de las técnicas genéticas o los ataques a la identidad mediante técnicas de clonación o de selección de raza.³⁴⁷

³⁴⁵

Anteriormente, en su lugar sólo existía el art. 412 del aborto violento no intencionado, el cual debía ser ocasionado violentamente, a sabiendas del estado de embarazo de la mujer, sin propósito de causarlo.

³⁴⁶

PEÑARANDA RAMOS. La protección de la vida y la salud humana entre su fase prenatal y postnatal de desarrollo. RDPC, núm. 11, 2003, 166: “El Código Penal de 1995 ha ampliado significativamente la protección que la regulación anterior dispensaba a la vida y a la salud humanas en su fase prenatal. Basta señalar en tal sentido que sus arts. 146, 157 y 158, atendiendo una demanda frecuentemente efectuada por la doctrina, vienen ahora a sancionar algunas hipótesis de producción imprudente del aborto y de causación dolosa o imprudente de lesiones al feto que anteriormente eran, en general, consideradas impunes.” Al respecto LAURENZO COPELLO apuntaba, que estas medidas estaban dirigidas a conceder una tutela penal más adecuada a la vida en gestación, reforzado de modo significativo la protección del derecho de la mujer a llevar a buen término su embarazo, sin interferencias negligentes o deliberadas de terceras personas. Véase LAURENZO COPELLO, El aborto, 2005, 11.

³⁴⁷

VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES, Comentarios al CP, PE, T. II, 2008, 89 y sig.: “El hecho de que el embrión pre-implantatorio pueda aparecer como objeto material del delito obedece, sencillamente, a que va en esa fase de desarrollo, y por mor de los avances experimentados en las técnicas de reproducción asistida y en la bioingeniería, son vulnerables los bienes jurídicos dignos de tutela. Sin duda, las intervenciones no autorizadas sobre material genético humano pueden producirse también en el embrión pos-implantatorio y en el feto. Su relevancia penal dependerá de la alteración del patrimonio genético y de la ausencia de una finalidad curativa, mas no de los posibles

Lo más importante con relación a las nuevas figuras delictivas del CP de 1995 es que el legislador opta por no castigar a la mujer embarazada que de forma imprudente causa su propio aborto o provoca lesiones al feto, otorgándole cierto reconocimiento a su libertad y a la relación especial que la une con el *nasciturus* dadas las características de ambos supuestos. De ahí que, tanto el aborto imprudente del art. 146 del CP como las lesiones al feto por imprudencia grave o profesional del art. 158 del CP, establecen expresamente que la mujer embarazada no será penada al tenor de estos preceptos.

En definitiva, la considerable reducción de las penas de los delitos de aborto en que media consentimiento de la mujer embarazada y que el legislador haya optado por no castigar a la mujer embarazada que de forma imprudente causa su propio aborto o provoca lesiones al feto, resultaron novedades muy significativas para la lucha de las mujeres que defendían el respeto a su voluntad de decidir sobre la maternidad porque por primera vez el legislador español valoraba de manera especial su voluntad, en este caso, a la hora de determinar la gravedad de la pena.

El CP de 1995 ofrece una nueva regulación de los delitos sexuales, que como he señalado en su momento, repercute negativamente en la indicación ética del art. 417 bis del CP.³⁴⁸ Esto porque la indicación ética declaraba impune el aborto cuando el embarazo era consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación regulado en el art. 429 del CP, es decir, agresiones sexuales realizadas con violencia o intimidación, o bien, cuando aún sin mediar violencia ni intimidación, la víctima era una menor de 12 años o incapaz mental, situación de la que se valía el agresor; mientras que en el nuevo CP de 1995, no existe ningún precepto con el mismo contenido que el derogado art. 429, y peor aún, ni siquiera se le concede el mismo tratamiento jurídico-penal a todas las conductas que anteriormente formaron el delito de violación, quedando todas ellas dispersas en diferentes preceptos con gravedad distinta. Por ejemplo, la agresión sexual más grave,

daños a la integridad o viabilidad de la vida prenatal. Estos supuestos deberán neutralizarse a través de la aplicación de los tipos de lesiones al feto y aborto, mas no a los relativos a la manipulación genética. En otros términos, si las manipulaciones genéticas afectan a la intangibilidad de la herencia genética serán los artículos 159 y ss. CP. los aplicables; si además resulta lesionado el embrión o feto, o, incluso, resultan éstos destruidos, habrá que resolver la concurrencia de preceptos aplicables con arreglo a las reglas generales del concurso aparente de leyes penales o del concurso de delitos. Normalmente, el aborto consumirá las manipulaciones genéticas, mientras que la presencia de un daño en la salud o integridad del feto junto a una alteración del patrimonio genético, no impediría dada la presencia de bienes jurídicos diversos, la aplicación del correspondiente concurso de delitos.”

³⁴⁸

Véase supra 1ª, II, 4.2, b).

constitutiva de delito de violación, queda regulada en el art. 179, pero esta vez sólo concerniente al acceso carnal con violencia o intimidación. El acceso carnal con menor de 13 años o mujer privada de sentido o enajenada mental pasa al terreno de los abusos sexuales del art. 181, compartiendo la misma gravedad con otros delitos contra la libertad sexual como el acceso sexual con prevalimiento del art. 181.3, que quedaba fuera de la impunidad de la indicación ética del sistema de indicaciones español. Conocidamente, esta situación supuso un absurdo, pues si siempre se había criticado la limitación de la indicación ética por no contemplar otras agresiones incestuosas o estuproas al tenor del derogado CP, a partir de la regulación de los delitos sexuales del CP de 1995 dicha limitación resultaba sencillamente inexplicable e inaceptable, lo que evidenciaba aún más la deficiencia del sistema de indicaciones y la necesidad de optar por un nuevo modelo despenalizador que corrigiera todas las insuficiencias del art. 417 bis del CP.

Finalmente, cabe señalar que la LO 10/1995 del Código Penal reduce significativamente la enorme cantidad de modalidades de aborto que contemplaba el anterior CP de 1944, Texto, Refundido de 1973. Así, el nuevo CP codifica únicamente el aborto producido por un tercero, con o sin consentimiento de la mujer embarazada; el aborto ocasionado por la misma mujer; y el aborto por imprudencia grave o imprudencia grave profesional. De este modo, dejan de ser típicas las siguientes conductas: la expedición de abortivos del anterior art. 415, párrafo 3º; la difusión de prácticas abortivas del art. 416;³⁴⁹ las agravaciones específicas de profesionalidad y habitualidad que acompañaban a los tipos básicos de aborto del art. 415, párrafos 1º y 4º, y párrafo 2º, respectivamente; el aborto agravado por el resultado de muerte o lesiones graves de la mujer del art. 411, párrafo final;³⁵⁰ el aborto violento no intencionado “a sabiendas del

349

VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES y otros, Comentarios al CP, PE, T. II, 2008, 91: “La falta de legitimación de la intervención penal era evidente, pues ni siquiera se configuraban como actos preparatorios o de cooperación indirecta en un aborto determinado, sino que respondían a genéricas conductas de favorecimiento del aborto. Ni el bien jurídico era susceptible de tutela penal, ni la selección de los ataques merecedores de sanción respondía al insoslayable principio de fragmentariedad de la intervención penal.”

350

Para VALLE MUÑIZ y QUINTERO OLIVARES de esta forma la regulación del delito de aborto se despoja de connotaciones más cercanas a un derecho penal de autor que del hecho. v. evidentemente, elude la presencia de cualquier manifestación de responsabilidad objetiva. De ahí que en el ámbito concreto del delito de aborto, el legislador encargado del CP de 1995 debió enfrentarse a la presencia excesivamente prolija de tipos penales que además no mostraban el respeto debido al principio de culpabilidad por el hecho. Véase VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES y otros, Comentarios al CP, PE, T. II, 2008, 90 y sig.

estado de embarazo de la mujer”,³⁵¹ y el aborto “*honoris causa*”, en concordancia con la desaparición del delito de infanticidio, regulados en los artículos 412 y 414 del anterior CP, respectivamente.

7.1. Consideraciones generales

a) El bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido en el delito de aborto siempre ha estado íntimamente relacionado con el tratamiento penal del aborto y la valoración social que se ha realizado sobre la vida humana prenatal durante los diferentes períodos históricos, lógicamente en correspondencia con los sistemas de prohibición absoluta o de despenalización del aborto que han regido en cada momento en España.³⁵²

Afortunadamente los avances sociales y científicos de los últimos años, además de la evolución legislativa en materia de aborto y de derechos de la mujer, han contribuido de forma decisiva para que la legislación española sobre el aborto haya dejado atrás la designación de bienes jurídicos protegidos tales como el interés demográfico del Estado o la esperanza de vida.

En consecuencia, se ha abierto paso a la consideración doctrinal mayoritaria de la vida humana como bien jurídico protegido por la regulación actual del aborto, confiriéndole extensiones como “dependiente”, “prenatal” o “intrauterina” para diferenciarla de la vida humana de las personas o identificar de forma más precisa la fase de desarrollo en que se encuentra dicha vida humana. LAURENZO COPELLO considera que la extensión “dependiente” no es la más acertada para diferenciar la vida del feto respecto de la vida del ser ya nacido, puesto que también este, al menos durante sus primeros meses de

³⁵¹

En su defecto, cuando existan conductas violentas sobre la mujer embarazada que produzcan la expulsión o destrucción del embrión o del feto, se deberá atender, bien, al aborto doloso que en el nuevo CP de 1995 deja de restringir su tipo subjetivo a las modalidades de dolo directo admitiendo también el dolo eventual (al suprimirse la expresión “de propósito”), o bien, a la nueva modalidad de aborto por imprudencia grave o profesional del art. 146 del CP.

³⁵²

Sobre la consideración histórica del bien jurídico protegido en el delito de aborto, véase LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 18 y sigs.

vida, comparte esa característica de dependencia absoluta de terceros, especialmente de su madre, para poder sobrevivir.³⁵³

MUÑOZ CONDE considera que el bien jurídico protegido es la vida del feto o vida humana dependiente, sin excluir que en algunos casos se tengan en cuenta además otros intereses como la vida, la salud, la libertad o la dignidad de la mujer embarazada.³⁵⁴ Por su parte VALLE MUÑOZ y QUINTERO OLIVARES piensan que el bien jurídico protegido es la vida humana en la fase de desarrollo embrionario, que va desde la completa anidación del óvulo fecundado en el útero materno hasta el nacimiento.³⁵⁵ Para GARCÍA VALDÉS, MESTRE DELGADO y FIGUEROA NAVARRO, el bien jurídico protegido del delito de aborto es el normal desarrollo intrauterino del feto.³⁵⁶

En mi opinión creo más acertado el reconocimiento que hacen otros autores sobre el bien jurídico protegido al considerar como tal la vida prenatal, en tanto dicha designación permite distinguir de manera más correcta la fase del desarrollo vital en que se encuentra la vida humana propiamente protegida en el delito de aborto.³⁵⁷ Más aún, cuando el FJ 5 de la STC 53/1985 ya declaraba que “la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración, y que termina con la muerte”, “un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el estatus jurídico público y privado del sujeto vital”.³⁵⁸

³⁵³ LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 20.

³⁵⁴ Véase MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1996, 80.

³⁵⁵ Véase VALLE MUÑOZ/QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios al CP, PE, T. II*, 2008, 98. Sobre el comienzo de la vida dependiente a lo largo de los tiempos, y su relevancia para la protección jurídico penal de la misma y la solución del problema del aborto, véase MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1996, 80 y sig.

³⁵⁶ GARCÍA VALDÉS/MESTRE DELGADO/FIGUEROA NAVARRO, *Lecciones de Derecho Penal*, 2011, 37: “En todo caso, en la regulación vigente, el bien jurídico protegido es doble: el normal desarrollo intrauterino del feto y la libertad de la mujer, al castigarse más gravemente el no consentido que el que sea aceptado por ésta.”

³⁵⁷ En este sentido CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN y otros, DP, PE, 1996, 96 y sig.; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad corporal y los relativos a la manipulación genética*, 2004, 153; y LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 21.

³⁵⁸ CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN y otros, DP, PE, 1996, 96 y sig.: “La vida es un fenómeno en constante evolución caracterizada por mutaciones y saltos cualitativos, propios de todo proceso biológico. Es por ello por lo que puede considerarse al *nasciturus* un ser vivo.” “(...) Los aludidos saltos cualitativos

b) El sujeto pasivo

Si la doctrina mayoritaria considera que el bien jurídico protegido en el delito de aborto es la vida humana anterior al nacimiento (prenatal, en formación o dependiente), y teniendo en cuenta que el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido, debería resultar indiscutible que el portador de esta vida humana es el *nasciturus*, y por ende también el sujeto pasivo de este delito.³⁵⁹

No obstante, a pesar de haberse dejado atrás las corrientes que apuntaban a intereses demográficos del Estado o a la esperanza de vida como bienes jurídicos protegidos por el delito de aborto, algunos autores mantienen la consideración de la comunidad como sujeto pasivo de este delito. ARROYO ZAPATERO sostiene que la vida humana en formación era un bien jurídico constitucional que no provenía del art. 15 de la CE y cuya tutela tenía una fundamentación autónoma e independiente de la derivada de los derechos e intereses de la mujer que se asienta en el principio de dignidad de la persona, conforme al cual, existe una exigencia al Estado de respetar y proteger valores sentidos como fundamentales por la comunidad, siendo uno de ellos la vida humana en formación. Considera así que el sujeto pasivo del delito de aborto es la comunidad o incluso el Estado, al percibir que la vida humana en formación es un bien jurídico de la comunidad y no un bien jurídico individual de titularidad atribuida al propio *nasciturus* o a la mujer, porque ni el *nasciturus* por sí mismo puede ser titular de intereses o de derechos a la tutela jurídica, ni la mujer puede disponer por sí misma en cualquier momento de un bien cuya protección se establece en función de un acuerdo o necesidad comunitaria.³⁶⁰

que se producen en el fenómeno biológico de la vida han de jugar un papel determinante a la hora de concretar la valoración que merecen las diferentes conductas que contra ésta atentan. El nacimiento constituye el hito más importante en la evolución vital, hasta el punto de que la diferenciación entre la vida anterior y posterior a él tiene un carácter cualitativo. Debe, por ello hablarse de la vida prenatal como bien jurídico protegido en los delitos de aborto: ya hay vida humana y por consiguiente, un objeto susceptible digno y necesitado de tutela penal, un bien jurídico proteible, como ha destacado el Tribunal Constitucional; pero no merece la misma valoración que la vida enteramente formada y postnatal.”

³⁵⁹

En este sentido CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN y otros, DP, PE, 1996, 98; y LAURENZO COPELLO, Dogmática, 2012, 32.

³⁶⁰

Véase ARROYO ZAPATERO, RFDUCM, monogr. 3, 1980, 210 y sigs. Resulta interesante la observación que hace LAURENZO COPELLO, apuntando a que en contra de este punto de vista (la comunidad como sujeto pasivo del delito de aborto), también se alegó el riesgo de abusos por parte del Estado que siempre implica la disponibilidad comunitaria de un bien jurídico tan importante. Véase LAURENZO COPELLO, Dogmática, 2012, 32, n. 58. Para

La consideración colectivista del sujeto pasivo se fundamenta así en las particularidades de la vida prenatal,³⁶¹ y sobre todo, en el pensamiento de que el embrión o feto no puede ser sujeto pasivo porque carece de capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, no pudiendo disponer de esa vida ni ejercer la acción penal para reclamar los perjuicios ocasionados por el delito de aborto.³⁶² LAURENZO COPELLO señala que se llega así a la “tradicional confusión entre sujeto pasivo y «persona»”, muy habitual hasta nuestros días cuando de bienes jurídicos individuales se trata”, sin tener en cuenta la advertencia que hacían CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, cuando apuntaban que “no debe olvidarse que el sujeto pasivo no es más que una mera categoría dogmática, sin que pueda confundirse con las personas legitimadas para iniciar la persecución de un delito o para constituirse en parte de un proceso penal.”³⁶³

CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, no puede afirmarse seriamente que el titular genuino de los intereses que se derivan del art. 15 de la CE, sea la comunidad, puesto que la STC 53/1985 ha dejado claro que la cobertura formal del bien jurídico tutelado por el aborto ha de verse en el art. 15 de la CE, por lo que, de forma expresa, se rechaza la tesis de ARROYO ZAPATERO. Véase CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN y otros, DP, PE, 1996, 99.

361

Particularidades tales como la vinculación orgánica que existe durante el embarazo entre el embrión o feto y la madre y por ende la dependencia física y biológica del embrión o feto a la mujer embarazada, y la ausencia de personalidad del embrión o feto, reconocida inclusive por el TC en el FJ 5 de la STC 53/1985, al declarar que el alcance de la tutela del art. 15 de la CE (derecho a la vida) al *nasciturus*, no implica su reconocimiento como persona o como titular del derecho a la vida regulado en el mismo.

362

Un razonamiento que, como exponen CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, “nos llevaría al absurdo de negar la condición de sujeto pasivo a las víctimas de un homicidio o asesinato, porque tampoco los muertos pueden ejercer acciones penales”. A esta conclusión llegan estos autores, al apuntar la oposición de BAJO FERNÁNDEZ y BUSTOS RAMÍREZ a considerar como sujeto pasivo de este delito al *nasciturus*, considerando como tal, en su lugar, a la madre. Véase CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN y otros, DP, PE, 1996, 98. En sentido parecido LAURENZO COPELLO, quien indica que esta tesis colectivista realmente “tiene mucho que ver con el desconcierto que suscita el atribuirle el carácter de sujeto pasivo al propio embrión/feto al que obviamente no se puede considerar capacitado para disponer de esa vida ni para reclamar los perjuicios ocasionados por el delito, entre otras funciones normalmente asociadas a la condición de víctima de un hecho delictivo”. Véase LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 31.

363

Véase CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN y otros, DP, PE, 1996, 98.

c) El objeto material

La doctrina mayoritaria entiende que el objeto material del delito de aborto existe a partir de la anidación, esto es, de la implantación completa en el útero materno del óvulo fecundado, lo cual concluye aproximadamente 14 días después de la fecundación.³⁶⁴

La vida prenatal, al igual que la vida del nacido, está sometida a unos límites temporales mínimos y máximos que son los que determinan su existencia y en definitiva condicionan su protección jurídico-penal. Por ejemplo, la separación del claustro materno del ya nacido, es el límite que separa la vida prenatal de la vida ya independizada. Así, el límite máximo de aplicación del tipo de aborto es el inicio del nacimiento o expulsión plena del *nasciturus* del claustro materno. No obstante, lo difícil ha sido siempre determinar el comienzo de la vida prenatal, como límite mínimo de la existencia de la misma y por ende, como límite mínimo del objeto material del delito de aborto. Este asunto posiblemente no se vaya a resolver nunca, en tanto, aunque mayoritariamente se llegue a una consideración justificada, la misma difícilmente será unánime y seguramente dependerá de resolver los conflictos sociales o jurídicos que se puedan generar en torno a este tema.³⁶⁵ Así, la teoría de la anidación evidencia que la elección de este momento para fijar el límite mínimo del objeto material del aborto o del comienzo de la vida prenatal, obedece más a razones de solución de problemas concretos, tales como la admisión de la

364

La fecundación es la unión de un espermatozoide con un ovocito (el óvulo), que al unirse dan origen a una célula única llamada cigoto. La fecundación ocurre habitualmente en la trompa de Falopio, que es un tubo que conecta el ovario con el útero. El cigoto resultante de la fecundación es una célula que tiene la potencialidad de desarrollarse y llegar a ser un humano constituido por miles de millones de células, del mismo modo que una semilla puede llegar a ser un árbol a través de un proceso de crecimiento y desarrollo. De ahí que se haya considerado mayoritariamente que el inicio de la vida prenatal se produce con la anidación de ese cigoto en el útero materno. A partir de la implantación o anidación, el cuerpo materno reconoce que hay un nuevo individuo en desarrollo y comienza a reaccionar a su presencia. Por esta razón, la OMS considera que el embarazo, que es una condición de la madre y no del nuevo individuo en desarrollo, comienza con la implantación o anidación.

365

MUÑOZ CONDE. DP. PE. 1999. 80 y sig.: "En épocas precientíficas anteriores al desarrollo experimentado por la Medicina y la Biología en el último siglo, se resolvía el problema acudiendo a criterios filosóficos o teológicos como el de la "animación", según el cual la vida comienza en el momento en que el cuerpo se une con el alma. La comprobación científica de que la reproducción humana realmente surge a partir de la unión del óvulo con el espermatozoide permitió fijar el comienzo de la vida en ese momento, llamado de la fecundación. La posterior evolución de la Medicina ha obligado, sin embargo, a revisar este criterio y a fijar el comienzo de la vida en otros momentos posteriores tales como la anidación en el útero del óvulo ya fecundado, el comienzo de la actividad cerebral en el feto, etc., que son más determinantes de la existencia de algo más que un mero proceso biológico."

fecundación *in vitro* o de los dispositivos intrauterinos (DIU), que a resolver realmente el problema del comienzo de la vida en sí mismo.³⁶⁶

Partiendo de la teoría de la anidación, el objeto material del delito de aborto abarca al embrión y al feto, pero excluye al preembrión o embrión pre-implantatorio, o lo que es lo mismo, a los embriones fecundados *in vitro* y aún no implantados en el útero de la mujer.³⁶⁷ Asimismo, tampoco serán objeto material de este delito el producto de un embarazo extrauterino o ectópico³⁶⁸, o la mola³⁶⁹, al excluirse del ámbito del objeto material todo producto de la concepción cuya continuidad no suponga el nacimiento de un ser humano vivo, de manera que el objeto de la concepción debe tener existencia biológica propia (estar vivo) y viabilidad intrauterina³⁷⁰, o bien capacidad de seguir formándose dentro del útero materno hasta culminar con el nacimiento.³⁷¹ De modo que

366

Así lo explica LAURENZO COPELLO. Véase LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 33: “La fijación de este momento responde tanto a consideraciones científico-biológicas como a otras de carácter normativo. Entre las primeras cabe destacar que en la fase previa a la anidación muchos óvulos fecundados se pierden de manera espontánea y los que perduran están sometidos todavía a la posibilidad de fusionarse con otros o dividirse, de modo tal que solo a partir del final de su implantación en el útero es posible asegurar la individualidad y estabilidad del embrión. A ello se unen importantes razones de orden polícticriminal, comenzando por las casi irresolubles dificultades de prueba que surgirían de situarse el comienzo de la tutela penal en el momento de la fecundación y, sobre todo, los serios problemas que ello podría ocasionar de cara a la utilización de algunos medios frecuentes de contracepción que actúan precisamente como obstáculo de la anidación –tal es el caso del dispositivo intrauterino.”

367

En este sentido la doctrina mayoritaria, véase al respecto LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 32 y siqs.; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN y otros, DP, PE, 1996, 101; y VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios al CP, PE, T. II*, 2008, 95.

368

El embarazo ectópico o extrauterino es una complicación del embarazo que consiste en que el óvulo fertilizado se desarrolla fuera del útero (frecuentemente en la trompa de Falopio). Lleva a la muerte fetal, y es la principal causa de morbilidad infantil y materna durante el primer trimestre del embarazo. Véase LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 34, n. 70.

369

La mola es una degeneración placentaria que causa una gestación anómala, caracterizada por la presencia de un crecimiento anormal que contiene un embrión no viable implantado y proliferante en el útero, que supone un alto riesgo de cáncer coriocarcinoma. Véase LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 34, n. 69: “Se entiende por tal el óvulo fecundado que sufre graves alteraciones patológicas, convirtiéndose en parásito de la sangre de la mujer.”

370

En palabras de LAURENZO COPELLO, la viabilidad intrauterina debe entenderse “como la aptitud para desarrollarse fisiológicamente hasta alcanzar el momento del parto y posterior nacimiento”. Véase LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 34.

371

En este sentido CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN y otros, DP, PE, 1996, 100.

debe tratarse de un feto vivo o mínimamente viable (con capacidad de vivir), puesto que la eliminación de embriones o fetos inviables es atípica.³⁷²

CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC señalan al producto de la concepción como objeto material del delito de aborto, no obstante, aclaran que el límite mínimo del objeto material es la anidación del óvulo fecundado en el útero materno.³⁷³

LAURENZO COPELLO y VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES entienden que el objeto material del delito de aborto es el embrión o feto³⁷⁴, dependiendo del momento en que se produzca la interrupción del embarazo.³⁷⁵

Llegados a este punto, considero más correcto concretar -como lo hace LAURENZO COPELLO- que el objeto material del delito de aborto es el embrión o feto vivo, implantado en el útero materno y con viabilidad intrauterina.³⁷⁶

d) El tipo objetivo

➤ La acción típica

MUÑOZ CONDE señala que la acción típica del delito de aborto, relativo a las modalidades de aborto reguladas en los artículos 144 y 145 del CP de 1995, está dirigida a la producción de la muerte del embrión o feto.³⁷⁷

372

En este sentido la STC 212/1996, de 19 de diciembre. Véase SILVA SÁNCHEZ y otros, Lecciones DP, PE, 2011, 54: "Este es el caso de la mayoría de embarazos extrauterinos. En el supuesto de que existan algunas posibilidades de que la gestación continúe con éxito, probablemente sea aplicable el aborto por causas médicas del art. 15 LO 2/2010." Asimismo, LAURENZO COPELLO, Dogmática, 2012, 34.

373

En este sentido CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN y otros, DP, PE, 1996, 99 y sig.

374

La Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, define en su art. 3, incisos l) y n), lo que se debe entender por embrión y feto, respectivamente: "l) «Embrión»: fase del desarrollo embrionario que abarca desde el momento en el que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener. n) «Feto»: embrión con apariencia humana y con sus órganos formados, que va madurando desde los 57 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener, hasta el momento del parto."

375

Véase LAURENZO COPELLO, Dogmática, 2012, 32; y VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES y otros, Comentarios al CP, PE, T. II, 2008, 95.

376

Cfr. LAURENZO COPELLO, Dogmática, 2012, 37.

No obstante, teniendo en cuenta el alcance de las distintas nociones de aborto³⁷⁸ y los avances de las técnicas biomédicas³⁷⁹, parece más correcto indicar que la acción típica consiste en la producción del aborto, entendido como la destrucción del embrión o feto (dependiendo del momento en que se realice la interrupción del embarazo) dentro del claustro materno o por expulsión prematura provocada.³⁸⁰ De este modo, no constituye acción típica de este delito la muerte de un feto expulsado espontáneamente, la provocación de un parto prematuro (feto viable extrauterinamente en torno a las 22 semanas de gestación) y la destrucción de fetos pre-implantatorios.

La acción típica puede ofrecer las más variadas manifestaciones, en tanto el texto legal no establece ninguna limitación al respecto. Es decir, el aborto podrá realizarse mediante cualquier procedimiento capaz de producir la destrucción del embrión o del feto, siendo típicos supuestos tan variados como la extracción de un embrión o feto llevada a cabo por un médico, o la destrucción de los mismos mediante violencia ejercida contra la

³⁷⁷ Al respecto MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1999, 89.

³⁷⁸ En Medicina se considera aborto toda destrucción de un embrión o expulsión prematura de un feto sin viabilidad extrauterina, sea espontánea o provocada. La OMS define el aborto como la interrupción del embarazo cuando el feto todavía no es viable fuera del vientre materno. Una viabilidad extrauterina que es un concepto cambiante y que depende del progreso médico y tecnológico, estando actualmente en torno a las 22 semanas de gestación. Por su parte, la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (en adelante SEGO), ha recordado la anterior definición de aborto que recoge la OMS y también la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia, indicando que “el aborto es la expulsión o extracción de su madre de un embrión o feto de menos de 500 gramos de peso, que se alcanza a las 22 semanas”. Además, la SEGO apunta que ya no puede considerarse aborto la interrupción del embarazo a partir de la 22 semana de gestación, sino que en ese momento hay que hablar de destrucción de un feto que es viable extrauterinamente ya que puede vivir por sí mismo con el apoyo médico correspondiente. Por este motivo, la SEGO ha manifestado de modo institucional, la propuesta médica y ética de “inducir el parto” cuando las madres soliciten abortar a partir de la semana 22 de gestación. No obstante, el concepto jurídico-penal de aborto es más amplio. LAURENZO COPELLO ofrece un concepto jurídico-penal de aborto, a partir de las opiniones doctrinales y jurisprudenciales mayoritarias, indicando que es aborto la destrucción del embrión o feto dentro del claustro materno o por su expulsión prematura provocada. Véase al respecto LAURENZO COPELLO, Dogmática, 2012, 37.

³⁷⁹ Los avances actuales de las ciencias biomédicas han posibilitado la realización de abortos selectivos en el caso de embarazos múltiples (la gestación sigue su curso aunque con menos embriones) o la interrupción del embarazo para implantar el embrión en otra mujer (se finaliza el proceso fisiológico en una mujer pero sin destruir el objeto material del delito de aborto, que se implanta en otra gestante). Véase al respecto LAURENZO COPELLO, Dogmática, 2012, 37.

³⁸⁰ En este sentido LAURENZO COPELLO, Dogmática, 2012, 37.

mujer embarazada.³⁸¹ De ahí que, como veremos al estudiar las distintas modalidades de aborto, no exista inconveniente en admitir la realización de un aborto en comisión por omisión, siempre y cuando se cumplan los requisitos del art. 11 del CP.

Lo mismo sucede con los medios empleados para llevar a cabo la acción típica de este delito, que podrán ser los más diversos (físicos, mecánicos o químicos),³⁸² siempre y cuando sean capaces de producir el aborto.³⁸³

➤El resultado

Respecto al resultado del delito de aborto, comparto la opinión de MUÑOZ CONDE y LAURENZO COPELLO, al considerar que dicho resultado es la destrucción del embrión o feto.³⁸⁴

En consecuencia, debe entenderse el aborto como un delito de lesión, en el cual es necesario que el resultado se produzca para que el delito se consume.

La destrucción del embrión o feto puede producirse dentro del útero de la madre o como consecuencia de la expulsión provocada. No obstante, en este último caso es necesario que el feto muera, porque de lo contrario estaríamos ante un caso de aborto en grado de tentativa.³⁸⁵

³⁸¹ En este sentido SILVA SÁNCHEZ y otros, Lecciones DP, PE, 2011, 55.

³⁸² En este sentido MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1999, 89.

³⁸³ LAURENZO COPELLO hace referencia a las técnicas quirúrgicas o instrumentales para producir el aborto, señalando que a partir del año 2000, toma fuerza la técnica farmacéutica para producir abortos en mujeres de hasta 7 semanas de gestación, después de legalizarse en España la píldora RU-486 denominada Mifedristona, una técnica menos invasiva sobre el cuerpo de la mujer, indicada en las fases tempranas del embarazo. Cfr. LAURENZO COPELLO, Dogmática, 2012, 38, n. 90.

³⁸⁴ Véase MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1999, 89; y LAURENZO COPELLO, Dogmática, 2012, 39.

³⁸⁵ MUÑOZ CONDE. DP. PE. 1999. 96: "El que a las prácticas abortivas no siga el resultado feticida que constituye el resultado propio del delito de aborto puede obedecer, entre otras causas, a que la mujer no esté embarazada. Los límites objetivos, representados por la puesta en peligro siquiera sea lejana del bien jurídico protegido, en este caso la vida humana dependiente, impiden, a mi juicio, el castigo de la tentativa en este caso, debiendo estimarse un delito imposible o tentativa absolutamente inidónea de aborto, no punible conforme el art. 16. Conforme a la regulación del anterior Código penal, que castigaba el aborto con resultado muerte o lesiones graves realizado o intentando en mujer no embarazada y la tentativa de delito incluso en caso de imposibilidad de ejecución (art. 411,

Resulta interesante el caso mostrado por LAURENZO COPELLO, en el que se aplican los criterios habituales de causalidad e imputación objetiva, cuando mediante la introducción de un líquido en la vagina de la mujer no se consigue causar la interrupción del embarazo, provocándole una infección a la mujer que más tarde hace necesaria la práctica del aborto para evitar un peligro para su vida. Este es el caso que resuelve la STS de 30 de mayo de 1991, la cual dispone: *“El delito de aborto se consuma también cuando la interrupción del embarazo es necesaria para salvar la vida de la madre, en peligro por una septicemia que es producto de las maniobras abortivas ya practicadas. En efecto si bien se trata de una desviación del nexo causal, lo cierto es que esta no tiene carácter de esencial, y, por tanto, la muerte del embrión sigue siendo la concreción del peligro constituido por la acción realizada por la procesada recurrente”*.³⁸⁶

➤ El sujeto activo

Claramente, el sujeto activo del delito de aborto puede ser cualquier persona cuando se trata del aborto doloso realizado por un tercero, o la propia mujer embarazada cuando se trata del aborto doloso producido por ella misma, es decir, cuando la mujer se produce su propio aborto.³⁸⁷

e) El tipo subjetivo

Como veremos más adelante, al estudiar las distintas formas de aborto reguladas por el nuevo CP de 1995, el aborto producido por la propia mujer sólo es punible cuando se trate de la comisión dolosa. De modo que el autoaborto imprudente será impune por exclusión expresa del párrafo tercero del art. 146 del nuevo CP.

pfo. último y art. 52, pfo. segundo del anterior Código penal), el TS y cierto sector doctrinal estimaron que en el aborto eran posibles todas las formas inidóneas (véase Suárez Montes, 1966). Dicha posición, aparte de por su evidente origen ideológico, se mantuvo quizás también porque, como indicaba Baio (l. p. 113), el delito imposible era el expediente utilizado por los jueces para solventar los difíciles problemas de la prueba del embarazo, pero ni siquiera en este caso puede fundamentarse un castigo que a todas luces evidencia un trasfondo moralista e ideológico más próximo a un Derecho penal inquisidor, de autor, de carácter fascista y autoritario, que al Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho.” En el mismo sentido LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 39, 65 y sigs.

³⁸⁶

Cfr. LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 40.

³⁸⁷

En este sentido MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, 1999, 89.

Por el contrario, como también analizaremos más adelante, el aborto producido por un tercero es punible tanto en su comisión dolosa (siendo posible la concurrencia tanto del dolo directo como del dolo eventual), como cuando medie imprudencia grave (existiendo una pena adicional cuando media imprudencia grave profesional).³⁸⁸

f) Cuestiones concursales

Al tenor de la nueva regulación del delito de aborto en el CP de 1995, si la acción típica del aborto (con consentimiento o sin consentimiento de la mujer embarazada) provoca además de la interrupción del embarazo, la muerte o lesiones (imprudentes o dolosas) en la mujer, estaríamos ante un concurso ideal de delitos.³⁸⁹ Como señala SILVA SÁNCHEZ, ello no significa que todo aborto sea un riesgo penalmente relevante para la vida o salud de la gestante, por ejemplo cuando un médico lleva a cabo un aborto de un embrión en un centro médico perfectamente equipado y utilizando la técnica indicada para tales supuestos e, inesperadamente, la mujer sufre un paro cardíaco.³⁹⁰

Recuérdese que con anterioridad al CP de 1995 estos casos se juzgaban como aborto cualificado por el resultado de muerte o lesiones graves de la mujer (art. 411 del CP),³⁹¹ una cuestión que suscitó una gran polémica, en tanto algunos se inclinaban por aplicar aquél tipo cualificado únicamente cuando mediaba imprudencia respecto al resultado ulterior de muerte o lesiones graves de la mujer, mientras otros consideraban que debía aplicarse sólo cuando se actuaba con dolo eventual respecto a dichos resultados.³⁹²

³⁸⁸ Véase al respecto MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1999, 89.

³⁸⁹ En sentido contrario, si el aborto se produce como consecuencia de la acción típica de otro delito o de la violencia o imprudencia ejercida con el fin de cometer otro delito, también habrá un concurso ideal de delitos, por ejemplo, entre el aborto no consentido o por imprudencia grave y el delito de lesiones, homicidio o asesinato, según el caso concreto.

³⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ y otros, Lecciones DP, PE, 2011, 55.

³⁹¹ Véase al respecto la STS de 19 de septiembre de 1990, que aplicó el tipo cualificado por el resultado ulterior imprudente.

³⁹² LAURENZO COPELLO, Doqmática, 2012, 72: “Esta última tendencia, prevalente en el ámbito judicial, permitió que incluso durante la vigencia de tan perturbadora figura, se abriera camino la opción de aplicar las reglas del concurso ideal de delitos en los supuestos de aborto doloso seguido de resultados lesivos para la mujer cometidos por imprudencia.” Véanse al respecto las SSTS de 30 de marzo y 3 de abril de 1985, y 19 de abril de 1989.

Evidentemente, al tenor del CP de 1995, cuando la interrupción del embarazo resulta incluida en los supuestos de impunidad establecidos por el Derecho español, pero resultando la muerte o lesiones de la mujer, sólo serán punibles dichos resultados ulteriores. En este sentido la STS de 13 de noviembre de 2003, que condenó sólo por lesiones imprudentes a un médico que por *mala praxis* le perforó el útero a una mujer durante la práctica de un aborto legal mediante el método de la aspiración, dejándola estéril.

LAURENZO COPELLO señala la posibilidad de que se dé un concurso medial de delitos, cuando la violencia ejercida sobre la mujer precisamente busca causar el aborto pero la mujer además resulta lesionada, en cuyo caso será preciso que las lesiones superen la fuerza imprescindible para doblegar la voluntad de la embarazada y que la violencia se ejerza con anterioridad a la práctica del aborto.³⁹³

7.2. Las modalidades de aborto

a) El aborto doloso realizado por un tercero

El aborto doloso realizado por un tercero se diferencia según se realiza con o sin consentimiento de la mujer embarazada.³⁹⁴

➤El aborto con consentimiento

El aborto doloso realizado por un tercero con el consentimiento de la mujer embarazada está regulado en el art. 145.1 del CP, que establece literalmente: *“El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años.”*

Esta modalidad de aborto corresponde a un caso de coautoría entre el tercero y la mujer embarazada.³⁹⁵ Tanto la conducta del tercero que realiza el aborto como la de la

³⁹³ Véase LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 73.

³⁹⁴ Su afín era el art. 411 incisos 1º y 2º del anterior CP, que castigaba con prisión mayor y menor, al que “*de propósito*” causare un aborto sin consentimiento de la mujer, o cuando ella lo consintiera, respectivamente.

mujer que lo consiente no son conductas de mera participación, sino de auténtica autoría.³⁹⁶ Lo anterior pese a que la mujer embarazada es castigada al tenor del art. 145.2 del CP con una pena de prisión o multa menos grave que la del tercero: prisión de 6 -12 meses o multa de 6-24 meses para la mujer, frente a la prisión de 1-3 años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de 1-6 años para el tercero.³⁹⁷

CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC lo señalan como un delito plurisubjetivo, teniendo en cuenta que se requiere tanto la intervención del tercero que causa el aborto como de la mujer que consiente en ello.³⁹⁸

Se trata de un delito doloso que requiere el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo, siendo viables todas las modalidades de dolo (directo y eventual), a diferencia de lo que ocurría en el CP anterior, donde la expresión “de propósito” utilizada por el art. 411 requería el dolo directo para la comisión del delito.³⁹⁹ El dolo eventual,

³⁹⁵ En este sentido MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1999, 97; y VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES y otros, Comentarios al CP, PE, T. II, 2008, 90 y sig.

³⁹⁶ De ahí que cuando la conducta del tercero es de mera participación (inducción, auxilio necesario, complicidad en el aborto realizado por la embarazada), sea de aplicación el art. 145.2 del CP. En este sentido MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1999, 97. Llegados a este punto, resulta interesante citar la observación de CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, respecto a la jurisprudencia del TS en lo concerniente a la anterior regulación del delito de aborto del CP de 1944. Texto Refundido de 1973, que según indican, en este aspecto no varía, y por aplicación de la doctrina del acuerdo previo, venía considerando autores de aborto a cuantas personas intervenían en el mismo. Indican en consecuencia, que, “obviamente, deben aplicarse los mismos criterios que se utilizarían, por ejemplo, en el homicidio, y que no son otros que los derivados de la parte general, por lo que autores sólo serán aquellos que realicen materialmente el hecho, y no por ejemplo quienes simplemente acompañan a la mujer o entregan el dinero.” Véase CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN y otros, Comentarios al Código Penal de 1995, vol. I, 1996, 773.

³⁹⁷ En este sentido MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1999, 97.

³⁹⁸ Cfr. CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN y otros, Comentarios al Código Penal de 1995, Vol. I, 1996, 772.

³⁹⁹ CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN y otros, Comentarios al Código Penal de 1995, vol. I, 1996, 773: “En este sentido, la regulación del nuevo Código Penal, mucho más sencilla y respetuosa con el principio de culpabilidad que la anterior, ha suprimido la expresión de propósito que contenía el antiguo artículo 411. Deben regir, por tanto, para este delito, las reglas generales de culpabilidad que son vigentes para el resto de las figuras delictivas del Código Penal.”

cuando concurre el consentimiento de la mujer embarazada, es difícil que se dé, pero no por ello se debe descartar. Por ejemplo, en una intervención médica, en que existe alto riesgo de aborto, y a pesar de ello se practica, asumiendo dicho riesgo tanto el médico que ejecuta la intervención, como la mujer embarazada que otorga su consentimiento al respecto; o el médico que conociendo la alta probabilidad de que la mujer esté embarazada, le suministra a la mujer un medicamento con efectos secundarios abortivos, informándole previamente de estas circunstancias, y, efectivamente, resulta el aborto.

Es preciso el consentimiento válido y eficaz de la mujer embarazada. La falta de consentimiento, o el consentimiento obtenido mediante amenaza, violencia o engaño (que también se considera inexistente), conducen a la aplicación del tipo agravado de aborto sin consentimiento, regulado en el art. 144 del CP.⁴⁰⁰ Para que el consentimiento sea válido y eficaz, es preciso que la mujer tenga conciencia del alcance de su consentimiento y que el mismo sea prestado de manera libre y con anterioridad a la realización del aborto.

➤ El aborto sin consentimiento

El aborto doloso realizado por un tercero sin el consentimiento de la mujer embarazada está regulado en el párrafo primero del art. 144 del CP, que establece literalmente: *“El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años.”*

Equivalentemente, el párrafo segundo de este mismo precepto dispone que *“las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño”*, en tanto, el consentimiento de la mujer obtenido de esta forma se considera viciado, y por ende, inexistente. Esta equiparación resulta más correcta que su consideración como agravante específica en el CP anterior, sin que nada impida la posibilidad de apreciar concurso de delitos, como hemos visto

⁴⁰⁰ MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1999, 97: “En este caso, estaríamos ante un concurso entre el delito de aborto y el delito o delitos a los que haya dado lugar la utilización de tales medios.”

antes, siempre y cuando los medios comisivos constituyan por sí mismos un delito autónomo y no resulten absorbidos o consumidos por este precepto.⁴⁰¹

Para CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC el aborto sin consentimiento es un delito complejo de aborto y coacciones.⁴⁰² En mi opinión, más bien estamos ante el tipo agravado del delito de aborto del CP de 1995, al prever las penas más graves de todas las dispuestas para las distintas formas de aborto reguladas en este CP (prisión de 4-8 años e inhabilitación especial de 3-10 años).

Claramente, la gravedad de las penas en este delito se justifica en el carácter pluriofensivo del mismo, donde no sólo se destruye la vida prenatal a partir del aborto, sino que además se lesiona la libertad de la mujer embarazada al realizarle un aborto sin su consentimiento u obteniendo el mismo mediante violencia, engaño u amenaza.

Ciertamente, el tratamiento jurídico penal del aborto obedece a la existencia o no de un conflicto de bienes jurídicos entre la protección de la vida del *nasciturus* y el ejercicio de los derechos de la mujer embarazada, el cual surge cuando ésta no desea continuar con su embarazo. Incluso cuando el conflicto de intereses no está contemplado en los supuestos de impunidad reconocidos legalmente, la sola voluntad de la mujer de interrumpir su embarazo hace que sus derechos entren en conflicto y sean tenidos en cuenta a la hora de determinar las penas de las distintas modalidades de aborto. Así se explica que en el aborto sin consentimiento que nos ocupa las penas sean considerablemente más rigurosas, a pesar de que el aborto se realiza sin el consentimiento de la mujer embarazada y sin que realmente exista ningún conflicto entre bienes jurídicos.⁴⁰³

Este precepto no realiza ninguna especificación sobre la forma de realizar el aborto ni los medios que se deben emplear para ello, ello hace que estemos ante un tipo

401

En este sentido véase VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES y otros, Comentarios al CP, PE, T. II, 2008, 99.

402

Véase CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN y otros, Comentarios al Código Penal de 1995, vol. I, 1996, 772.

403

Al respecto CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN y otros, Comentarios al Código Penal de 1995, vol. I, 1996, 772; y VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES y otros, Comentarios al CP, PE, T. II, 2008, 99.

resultativo de medios indeterminados cuyo resultado puede ser alcanzado de cualquier forma, sin importar los medios empleados, admitiéndose incluso la comisión por omisión del art. 11 del CP, lógicamente cuando se cumplan sus requisitos.⁴⁰⁴ Por ejemplo: el compañero de la embarazada, ginecólogo de profesión, que no hace nada por evitar un aborto que se produce naturalmente contra la voluntad de ésta, pudiendo haberlo evitado. O el ginecólogo de guardia en un hospital, que recibe a una paciente en proceso de aborto espontáneo y no toma las medidas necesarias para evitarlo, pudiendo haberlo hecho, resultando finalmente la interrupción de la gestación.⁴⁰⁵

Se trata de una modalidad dolosa de aborto que admite tanto el dolo directo como el dolo eventual (igual que en el aborto consentido del art. 145.1 del CP), al haberse eliminado la expresión “de propósito” utilizada en el anterior CP.

En este caso el consentimiento irrelevante (enajenada mental) también equivale a la falta de consentimiento. Lo mismo que el consentimiento obtenido mediante violencia, amenaza o engaño (art. 144.2 del CP). En dichos casos, la participación de la mujer es impune al considerársele un mero instrumento. Por su parte, el tercero que ejecuta el aborto será castigado al tenor de este precepto por un delito de aborto sin consentimiento de la mujer embarazada.

Cuando el tercero ejecuta el aborto creyendo erróneamente que cuenta con el consentimiento de la mujer embarazada, no será castigado al tenor de este precepto (art. 144 del CP), sino por el delito de aborto con consentimiento, previsto en el art. 145.1 del CP. MUÑOZ CONDE afirma que si el tercero cree erróneamente que la mujer consiente no será castigado por este delito sino por el previsto en el art. 145.1 si el error era invencible, pero también si el error sobre el consentimiento fuera vencible, pues se trataría de un

⁴⁰⁴ El texto original del art. 11 del CP, publicado el 24/11/1995, en vigor a partir del 24/05/1996 y hasta el 1 de julio de 2015, establecía: “Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.”

⁴⁰⁵ En este sentido VALLE MUÑOZ/QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES y otros, Comentarios al CP, PE, T. II, 2008, 99: “Dos son las consecuencias dogmáticas, por otra parte evidentes y no discutidas: la admisión de la comisión por omisión –siempre y cuando, claro está, puedan afirmarse sus presupuestos conceptuales y legales del art. 11 CP -, y la relevancia penal de las fases imperfectas de ejecución: tentativa acabada e inacabada.”

error sobre el presupuesto objetivo de un elemento de la tipicidad, ya que el consentimiento de la mujer es aquí un elemento del tipo y no está prevista la comisión imprudente del delito previsto en el art. 144.⁴⁰⁶

b) El aborto doloso producido por la mujer embarazada

El aborto doloso producido por la propia mujer embarazada, denominado también “autoaborto”, está regulado en el art. 145.2 del CP, que indica textualmente: *“La mujer que produjere su aborto (...) será castigada con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses”*.⁴⁰⁷

Como es sabido, el CP de 1995 reduce significativamente la pena correspondiente a la mujer embarazada que se practica su propio aborto. El CP anterior castigaba este delito con prisión menor (pena privativa de libertad de 6 meses-3 años), pero más tarde, el CP de 1995 lo castiga con pena de prisión de 6 meses-1 año o multa de 6-24 meses.⁴⁰⁸

Asimismo, repetir que estamos ante un delito doloso que permite todas las formas de dolo (directo y eventual), en tanto sin más especificaciones el art. 145.2 del CP indica *“la mujer que se produjere su propio aborto (...) fuera de los casos permitidos en la ley”*.

CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC consideran que la conducta de la mujer embarazada ha de ser plenamente voluntaria y libre.⁴⁰⁹

En materia de autoría y participación no se excluye la intervención de terceros, pero dicha intervención deberá ser únicamente a título de partícipes, induciendo o auxiliando a la mujer embarazada, de modo que deberá ser ella quien tenga el dominio del hecho al realizarse su propio aborto.⁴¹⁰ De ahí la diferencia de este delito con el aborto realizado por un tercero con el consentimiento de la mujer embarazada, donde ambos son

⁴⁰⁶ Véase MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1996, 91.

⁴⁰⁷ Su afín era el art. 413 del anterior CP, que castigaba a la mujer que producía su propio aborto con una pena mayor a la acordada por el nuevo art. 145.2 del CP (prisión menor, equivalente a una pena privativa de libertad de entre 6 meses y 3 años).

⁴⁰⁸ Véase supra 1ª, I, 1.8, c).

⁴⁰⁹ Véase CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN y otros, Comentarios al Código Penal de 1995, vol. I, 1996, 774.

⁴¹⁰ En este sentido MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1996, 98.

coautores.⁴¹¹ MUÑOZ CONDE entiende que es posible la autoría mediata, en tanto la mujer embarazada puede servirse de un tercero (inconsciente de la trascendencia penal que tiene su acto) como instrumento, aunque indica que “es difícil que éste no sepa que está provocando un aborto”.⁴¹²

c) El consentimiento de la mujer embarazada para el aborto

El art. 145.2 del CP equipara el “*autoaborto*” con el consentimiento que la mujer embarazada otorga a otra persona para que le produzca el aborto, castigando ambas conductas con la pena de prisión de 6 meses-1 año o multa de 6-24 meses. De ahí, que como he señalado en su momento, la conducta de la mujer que consciente, prevista en el aborto consentido del art. 145.1 del CP (coautoría), es sancionada mediante este precepto (art. 145.2).

d) El aborto imprudente producido por un tercero

El CP de 1995 crea el delito de aborto imprudente producido por un tercero. Este delito se encuentra regulado en el art. 146 del CP.

Según el texto original del CP de 1995,⁴¹³ el delito de aborto producido por imprudencia grave, concerniente al párrafo primero del art. 146 del CP, sería castigado con la pena de arresto de 12-24 fines de semana. No obstante, el artículo único, apartado quincuagésimo primero, de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cambia dicha pena sustituyéndola por la pena de prisión de 3-5 meses o multa de 6-10 meses. A partir de dicha reforma, el art. 146 del CP establece literalmente:

“El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses.”

411

LAURENZO COPELLO. Doctrina v política criminal del aborto. 2012. 51 v sig.: “En materia de autoría v participación, es preciso aclarar, sin embargo, que aún cuando estamos ante una causa personal de atenuación de la pena, el mismo marco punitivo deberá aplicarse a los partícipes puesto que así lo exige el principio de accesoriadad. En otros términos, dado que la ejecución del aborto por la mujer da lugar a un tipo específico v distinto del aborto consentido causado por tercero, será aquél el delito en el que los *extraneus* habrían tomado parte, y por tanto, su sanción ha de venir determinada en función de la pena prevista en el art. 145.2.”

412

Cfr. MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1996, 98.

413

Publicado en el BOE núm. 281 de 24 de noviembre de 1995, que entra en vigor a partir del 24 de mayo de 1996.

Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.”

Con anterioridad al CP de 1995 sólo existía el aborto violento no intencionado producido a sabiendas del estado de embarazo de la mujer regulado en el art. 412 del CP anterior. Recuérdese que en torno a este delito existió una discusión doctrinal importante, relativa a la admisibilidad o no del aborto violento no intencionado como supuesto de imprudencia o tan sólo de dolo eventual.⁴¹⁴ De ahí que se pueda considerar que el nuevo art. 146 del CP pone fin a esta polémica, una decisión acertada ya no sólo para zanjar dicha discusión sino también porque esta conducta es lo suficientemente grave como para justificar la intervención penal, pues no sólo atenta contra la vida prenatal sino que también frustra la maternidad futura de la mujer embarazada.⁴¹⁵ VALLE MUÑIZ y QUINTERO OLIVARES la consideran una decisión político-criminal acertada dadas las intervenciones intrauterinas sobre el embrión o feto a que dan pie las nuevas técnicas genéticas o los avances experimentados en las técnicas médicas de Obstetricia, en la medida en que no estén presididas por fines terapéuticos o diagnósticos, o estándolo, pongan en peligro la integridad del *nasciturus* por inobservancia del debido cuidado, como las intervenciones con pronósticos inciertos, no suficientemente contrastadas, o sencillamente no permitidas legalmente y que merecen sanción penal.⁴¹⁶

Como también vimos anteriormente, por disposición expresa del último párrafo del art. 146 del CP de 1995, no será punible el autoaborto imprudente.

414

La exigencia del antiguo art. 412 del CP, relativa a que “no haya habido propósito de causarlo” planteó doctrinalmente diferentes puntos de vista sobre el tipo subjetivo en este delito. Algunos consideraron que se trataba de un caso de dolo eventual tipificado expresamente: otros entendían que era un delito culposo porque las circunstancias de conocer el estado de embarazo y la violencia permitían presumir la culpa *iuris et de iure*; también otros lo definían como una forma entre culposa y preterintencional del aborto: y otra parte de la doctrina creía que esta exigencia sólo excluía el dolo directo, admitiendo el dolo eventual y la culpa. Véase supra 1ª, I, 1.8.

415

En este sentido LAURENZO COPELLO, Dogmática, 2012, 48.

416

Véase VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES y otros, Comentarios al CP, PE, T. II, 2008, 101 y sig.

LAURENZO COPELLO apunta al respecto dos cuestiones interesantes: primero, que la exclusión de la punición de la embarazada que causa su propio aborto por imprudencia se debe a consideraciones relacionadas con la propia naturaleza del vínculo indisoluble que une a la mujer con el embrión o feto, en la medida en que el embarazo es un estado que implica íntegramente a la mujer en cuerpo y espíritu, de manera que exigirle un deber de cuidado respecto del *nasciturus*, bajo amenaza penal, resultaría una limitación inadmisibles de su libertad de actuar, que el ordenamiento jurídico no está legitimado a imponer, por lo que existe aquí un ámbito de riesgo permitido que determina la atipicidad de la conducta (lo ejemplifica con el caso de la embarazada que practica deportes de riesgo o la mujer embarazada que no acata el reposo indicado por su médico para evitar un aborto espontáneo); y segundo, que la punición del autoaborto doloso (art. 145.2 del CP) hace posible que la mujer resulte castigada cuando medie dolo eventual, se supere el nivel de riesgo permitido y la mujer haya tenido conciencia de la alta probabilidad de que sucediera la interrupción del embarazo, una situación que si bien es difícil de probar en la práctica, en el plano teórico no se puede descartar.⁴¹⁷

Este delito exige que la imprudencia sea “grave”, es decir, que se trate de una temeraria negligencia, imprevisión o descuido que, con olvido o desprecio de elementales precauciones ocasione el aborto.⁴¹⁸ Por ende, no es punible esta conducta cuando se realiza mediante imprudencia leve o simple quedándose la imprudencia leve al margen del Derecho penal al no existir tampoco ninguna falta relacionada con el aborto.⁴¹⁹

La imprudencia grave también puede ser imputable a los profesionales que en el desempeño de su profesión, oficio o cargo producen un aborto. En este caso, además de la pena de prisión de 3-5 meses o multa de 6-10 meses que establece el párrafo primero del art. 146 del CP, se impondrá la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la

⁴¹⁷ Véase LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 50.

⁴¹⁸ En este sentido las SSTS de 29 de noviembre de 2001 y 15 de marzo de 2007. La primera Sentencia entiende por imprudencia grave “el olvido u omisión de los cuidados y atención más elementales”. La segunda Sentencia prevé la concurrencia de ciertos factores para distinguir la imprudencia grave de la leve, criterios tales como “la mayor o menor falta de diligencia mostrada por el agente en la acción u omisión desencadenante del riesgo, atendidas las circunstancias en cada caso; la menor o mayor previsibilidad del evento que constituye el resultado; y el mayor o menor grado de infracción por el agente del deber de cuidado según las normas socio culturales vigentes.”

⁴¹⁹ En este sentido LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 48.

profesión, oficio o cargo del que se trate por un período de 1-3 años. En la práctica, la mayoría de los casos de aborto imprudente se relacionan con la imprudencia profesional, sobre todo a actos médicos inadecuados por no haberse realizado de forma habitual y diligente determinado acto profesional, o bien por haberse inobservado el conjunto de prácticas médicas aceptadas generalmente como adecuadas para tratar a los enfermos en el momento presente (*lex artis*), a pesar de recaer sobre los médicos o facultativos el deber de cuidado.⁴²⁰ Sin embargo, aún cuando esto sea lo normal en la práctica, la pena de inhabilitación especial a que hace referencia esta norma no se limita al ámbito sanitario, en tanto sin especificación alguna se hace referencia a la inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o cargo, no debiendo descartarse otros supuestos.⁴²¹

MUÑOZ CONDE considera que naturalmente esta modalidad de aborto requiere además de la gravedad de la imprudencia, la demostración de una relación de causalidad entre la acción imprudente y el aborto producido, lo que no siempre es tarea fácil sobre todo cuando al aborto hayan podido contribuir otras causas naturales o la intervención de terceras personas, incluida la propia mujer, cuya imprudencia queda fuera de la sanción penal.⁴²²

8. El debate sobre los modelos alternativos a las indicaciones y su conformidad constitucional

La experiencia práctica en España había demostrado la insuficiencia del sistema de indicaciones español para garantizar adecuadamente los derechos fundamentales de las mujeres embarazadas, así como su carestía para proteger de manera efectiva la vida del *nasciturus*, para ofrecer seguridad jurídica a todos los intervinientes en el aborto, e incluso para posibilitar el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en condiciones de

⁴²⁰ Sobre la *lex artis* véase la STS de 3 de octubre de 1997.

⁴²¹ VALLE MUÑOZ/QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES y otros, Comentarios al CP, PE, T. II, 2008, 102: “Aun cuando sea lo normal, lo cierto es que la pena de inhabilitación profesional no se restringe al ámbito sanitario –tal y como se hace en las otras modalidades de aborto-, por lo que quizás no deba descartarse, como ha sugerido García Arán, «... incluir aquí supuestos como el del empresario o encargado de un centro de trabajo que provoca la interrupción de un embarazo al somete a la mujer a condiciones laborales que conllevan dicho riesgo, siempre que se den los requisitos de la imprudencia grave».”

⁴²² En este sentido MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1996, 92.

igualdad a las mujeres. Así se mostraba anteriormente al analizar las deficiencias del sistema de indicaciones del art. 417 bis del CP de 1944, texto refundido de 1973.⁴²³

A la vista de aquellas deficiencias se crea conciencia sobre la necesidad de despenalizar el aborto mediante un modelo que supere las carencias del régimen español de las indicaciones. Mejor dicho, se agudizaba la inquietud por despenalizar el aborto voluntario en términos más amplios que los formulados por el legislador de 1985, dejando atrás el obsoleto sistema de indicaciones de la LO 9/1985.

Es así como se inicia en España un importante debate sobre los modelos despenalizadores alternativos a las indicaciones del art. 417 bis del CP y su conformidad constitucional.

8.1. Los modelos alternativos al sistema de indicaciones

Los modelos despenalizadores alternativos al sistema de indicaciones de la Ley de 1985 se descubrían en el Derecho comparado. En esencia se referían al sistema de indicaciones (en sentido amplio o restringido) y al sistema del plazo, aunque muchos países matizaban estos modelos generando sistemas despenalizadores propios.⁴²⁴

Teniendo en cuenta que España partía de un sistema de indicaciones muy restringido, naturalmente su propósito era reformar el aborto evolucionando cuanto menos a un sistema de indicaciones en sentido amplio, que si bien mantenía la prohibición del aborto durante todo el embarazo, incluía explícitamente un cuarto supuesto por razones socioeconómicas que permitía a la mujer aborto legalmente cuando su situación personal por razones laborales, familiares, sociales o económicas le imposibilitaba brindarle a un hijo las condiciones necesarias para su cuidado, crecimiento o educación.

No obstante, existían otras opciones despenalizadoras que podían ser tenidas en cuenta por España, como el sistema de indicaciones con decisión última de la mujer que se había acogido por ejemplo en Italia, o el sistema del plazo, que renunciaba a la punibilidad del aborto en el período inicial del embarazo (generalmente durante las

⁴²³ Véase supra 1ª, II, 6.

⁴²⁴ Por ejemplo el modelo del plazo con asesoramiento alemán o el sistema de indicaciones con decisión última de la mujer de la Ley italiana sobre el aborto. Véase infra 2ª, I, 1.3 y 5.2.

primeras 12 semanas), dejando la decisión de abortar en manos de la propia mujer embarazada sin necesidad de que concurriese ningún supuesto legal o circunstancia concreta.

En definitiva, inicialmente la cuestión residía en cuál era la mejor de las opciones políticocriminales para despenalizar el aborto en España, partiendo de la pluralidad de modelos alternativos al sistema de indicaciones instalados en el Derecho comparado.

a) El sistema de indicaciones en sentido amplio

El sistema de indicaciones en sentido amplio era aquel que incluía el “cuarto supuesto” o supuesto económico-social, de modo que permitía a la mujer abortar legalmente cuando su situación personal por razones laborales, familiares, sociales o económicas le imposibilitaba brindarle a un futuro hijo las condiciones necesarias para su cuidado, crecimiento o educación.

En un principio esta había sido la opción elegida por los partidarios de modificar el sistema de indicaciones español.

Seguramente, esta elección se debe a la facilidad que suponía una reforma del aborto en este sentido, al tratarse del mismo modelo vigente, de modo que sólo bastaría con la inclusión del “cuarto supuesto” de impunidad del aborto (cuando el conflicto se originaba por una difícil situación económico-social de la mujer embarazada), sin que fuese necesario adentrarse en una modificación completa del sistema.⁴²⁵ Del mismo modo, pudo resultar una opción atractiva para dejar atrás la “habilidad” que tuvieron las clínicas españolas privadas de interpretar ampliamente el supuesto de peligro para la salud de la mujer embarazada a partir de la definición del término salud ofrecida por la OMS.⁴²⁶

LAURENZO COPELLO señala que dicha predilección también se debe a la brecha que por entonces había abierto la “polémica” STS de 11 de diciembre de 1990, que entendía justificada la interrupción del embarazo cuando entraban en juego un “conjunto de circunstancias” que afectaban a la intimidad, dignidad y libre desarrollo de la personalidad

⁴²⁵ En este sentido LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 39.

⁴²⁶ Véase supra 1^a, II, 5.1.

de la mujer embarazada, en cuyo caso surgía un conflicto entre los derechos de la mujer y la vida del *nasciturus*.⁴²⁷

Es más, los primeros intentos de reforma del art. 417 bis del CP siguieron los pasos de este modelo. El Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992, proponía un sistema de indicaciones en sentido amplio, cuyo “cuarto supuesto” exigía la existencia de un “estado de angustia o ansiedad” de la mujer embarazada para que el aborto pudiese ser considerado lícito. Además, requería que el aborto se practicase dentro de las 12 primeras semanas de embarazo, con el fin de evitar riesgos para la salud e integridad física o moral de la mujer embarazada, requiriendo también que un médico certificara el “estado de angustia o ansiedad” de la mujer, a partir de la valoración de las condiciones personales, sociales y familiares de la misma.⁴²⁸

Conviene destacar que la conformación de la indicación socioeconómica del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992, poco tenía que ver con la situación económica o social de la mujer embarazada, pues lo que concebía era un estado de angustia o ansiedad de la mujer embarazada que podía estar relacionado con causas de cualquier índole (causas físicas, el consumo de ciertas sustancias, un proceso psicológico que lo desencadena, etc.), incluso más allá de aspectos meramente sociales o económicos. LAURENZO COPELLO la considera una especie de indicación terapéutica muy amplia, que deja en manos del médico la decisión sobre la concurrencia del peligro a partir de la evaluación de aspectos objetivos y subjetivos profundamente asociados a la intimidad de la mujer, considerando que seguramente se determinó así porque se basaba en la STS de 11 de diciembre de 1990, a la que se hacía referencia antes.⁴²⁹

En cualquier caso, esta propuesta legislativa no llegó a consolidarse, de manera que el CP de 1995 mantuvo en vigor el art. 417 bis del CP derogado (a través de una disposición transitoria), registrando en su exposición de motivos la necesidad de elaborar una ley especial que contemplase la superación de las deficiencias del sistema de indicaciones vigente.

⁴²⁷ Al respecto LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 39 y sig.

⁴²⁸ Este sistema estuvo vigente en la República Federal de Alemania hasta el proceso de unificación legislativa en 1992. Asimismo, es el modelo seguido por la Abortion Act inglesa de 1967. Véase infra 2ª, I, 1 y 2.

⁴²⁹ Véase LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 40.

b) El sistema puro del plazo

El sistema puro del plazo era aquel modelo que desistía de la punibilidad del aborto durante un plazo determinado del embarazo, que generalmente corresponde a las primeras 12 semanas de gestación.

Durante este plazo inicial de impunidad este sistema deja la decisión de abortar en manos de la mujer embarazada, sin requerir que concurra ningún supuesto legal, circunstancia concreta o requisito preciso para motivar el aborto. Es decir, la mujer puede abortar durante el plazo inicial de impunidad, sin que tenga que dar razones al respecto.

Este sistema era habitual en Europa del Este y también había sido acogido en países como Suecia, Grecia y Austria. Por el contrario, en la República Federal de Alemania se había intentado implantar sin éxito en junio de 1974.⁴³⁰

En España, el sistema puro del plazo no había sido tomado en consideración por ningún proyecto de ley relativo a la despenalización del aborto. De ahí que el TC español no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del sistema de plazos de conformidad con la CE.⁴³¹

No obstante, repitamos que la opción del sistema puro del plazo había sido tomada en cuenta en el seno de la votación interna de la Comisión de Codificación del Anteproyecto del Código Penal de 1979, cuando GIMBERNAT ORDEIG proponía el sistema del plazo como alternativa al sistema de indicaciones alegando que era una fórmula frecuente en el Derecho comparado y que cada vez era más y mejor aceptada en la doctrina española, si bien, tras una intensa deliberación de ambas alternativas despenalizadoras (plazos o indicaciones) se rechazaba la propuesta de GIMBERNAT por amplia mayoría.

430

Después de dejarse en suspenso la aplicación del §218 del CP alemán cuando dicho precepto fue declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) 39,1, de febrero de 1975. Véase infra 2ª, I, 1.

431

Independientemente de las interpretaciones doctrinales que surgen a partir de la STC 53/1985, acerca de la posibilidad de que el modelo puro del plazo pudiera o no superar un eventual control de constitucionalidad, que veremos a continuación al examinar la discusión doctrinal sobre la constitucionalidad de los modelos de despenalización alternativos al sistema de indicaciones, concretamente del sistema puro del plazo. Véase infra 1ª, II, 8.2, a).

Adviértase que la denominación de “sistema puro del plazo” ha sido establecida por la doctrina para referirse a la esencia de este modelo despenalizador, teniendo en cuenta los matices que sobre el mismo habían ideado algunos países como Alemania, que crea en 1992 un sistema de plazos con asesoramiento, disponiendo un periodo de información para la mujer embarazada (previo y obligatorio) y la posible aplicación de ciertas indicaciones más allá del plazo inicial de impunidad.⁴³²

c) El sistema de indicaciones con decisión última de la mujer

El sistema de indicaciones con decisión última de la mujer es un sistema de despenalización mixto, pues combina la estructura formal del sistema de indicaciones, que prohíbe el aborto excepto en ciertos casos previstos por ley, con una de las características esenciales del sistema del plazo, esto es, el otorgamiento a la mujer de la decisión última sobre la ejecución del aborto.

Este modelo era uno de los sistemas matizados que generaron algunos países de nuestro entorno a partir de la esencia del sistema puro del plazo y del sistema de indicaciones. Este es el caso de Italia, Bélgica o Noruega, que mediante esta fórmula compuesta idearon sus propios sistemas de despenalización.

La principal característica de este modelo es que “teóricamente” se ampara en la prohibición del aborto durante toda la duración del embarazo, pero a su vez incluye una amplia indicación en su catálogo de supuestos excepcionales de impunidad, en razón de la cual durante la fase inicial del embarazo (normalmente durante las primeras 12 semanas) la mujer puede abortar libremente por razones económicas, sociales, familiares, etc., con la singularidad de no otorgar a un tercero el control del efectivo cumplimiento de los requisitos y circunstancias de la indicación alegada. Dicho de otro modo, aquí es la propia mujer embarazada la encargada de determinar la existencia de las circunstancias que conforman el conflicto de intereses señalado por la ley como fundamento jurídico de la impunidad del aborto en el supuesto socioeconómico, recayendo en sí misma la decisión última sobre el aborto.⁴³³

432

Véase infra 1ª, III, 2 y 2ª, I, 1.3.

433

LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 43: “Pero la principal peculiaridad de este modelo no reside tanto en la amplitud de ese supuesto general de necesidad como en la forma de determinar su concurrencia en la práctica. Porque, a diferencia de lo que sucede en el modelo de indicaciones, la ley no se remite a un tercero imparcial

El 24 de abril de 2000, el Grupo Parlamentario Socialista presentaba una propuesta de Ley Orgánica sobre regulación de la interrupción voluntaria del embarazo ante el Congreso de los Diputados, la cual estaba basada en este modelo.

Según la exposición de motivos de dicha propuesta, los socialistas intentaban seguir el modelo alemán del sistema del plazo con asesoramiento.⁴³⁴ No obstante, de la lectura de aquella propuesta legislativa se puede concluir que nada tiene que ver la misma con el sistema del plazo con asesoramiento alemán. Claramente, la misma insistía en mantener la descripción legal de la situación de conflicto que debía fundamentar el aborto solicitado por la mujer embarazada incluso tras la etapa de asesoramiento, una cuestión más bien propia del sistema de indicaciones y que lejos quedaba de la libertad incondicional de la mujer para decidir sobre su embarazo durante un periodo inicial de impunidad como sucede en el sistema del plazo con asesoramiento.⁴³⁵

encargado de evaluar y certificar la efectiva presencia del supuesto legal, sino que la tarea se deja en manos de la propia embarazada. Es ella quien decide si en su situación concreta concurren las circunstancias que configuran el conflicto definido en la ley como base la impunidad del aborto. Eso explica la presencia de una serie de requisitos formales destinados a garantizar una decisión mediata y responsable de la mujer embarazada, como la exigencia de un asesoramiento previo o el transcurso de un periodo de carencia entre el final del asesoramiento y la práctica de la intervención.”

⁴³⁴ Cfr. el BOCG. Congreso de los Diputados. VII Legislatura, Serie B, núm. 10-1, de 24 de abril de 2000. Asimismo, LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 43, 51 y sig.

⁴³⁵ Decía el art. 1.2 de la propuesta del Grupo Socialista, tras reproducir el art. 417 bis del CP: “2. *Tampoco constituirá delito la interrupción voluntaria del embarazo que sea practicada por un médico o bajo su dirección en centro o establecimiento sanitario acreditado y con el consentimiento expreso de la mujer embarazada cuando, a juicio de ésta, la continuación del mismo suponga un conflicto personal, familiar o social de gravedad semejante a la de cualquiera de los descritos en el apartado anterior, siempre que concurren los requisitos y circunstancias siguientes: a) Que se practique dentro e las doce primeras semanas de gestación, lo que se acreditará mediante certificación médica. B) Que la mujer que desee interrumpir su embarazo acuda previamente a algunos de los centros de asistencia y asesoramiento acreditados al efecto. c) Que la mujer, tras haber sido adecuadamente oída en entrevista y haber escuchado en ella las razones que asisten al Estado para tutelar la vida, sea informada de cuantas posibilidades existan para la mejor solución de su conflicto, con especial referencia a la regulación legal vigente en materia de adopción y acogimiento familiar. Iqualmente, y con relación a su caso concreto, se le indicarán las ayudas familiares, económicas y sociales disponibles. El asesoramiento se extenderá además a los aspectos jurídicos y médicos relacionados con su situación. d) Que una vez asesorada e informada en los términos establecidos en la Ley, lo que constará en una certificación expedida al efecto, que se entregará a la mujer, se haya dejado transcurrir un plazo mínimo de tres días a fin de madurar su decisión definitiva.” Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 10-1, de 24 de abril de 2000, 3.*

d) El sistema del plazo con asesoramiento

El sistema del plazo con asesoramiento era otro de los modelos matizados que generaron algunos países de nuestro entorno a partir de la esencia del sistema puro del plazo. Concretamente surgía en Alemania, a raíz de la reunificación alemana de 1992 que obligó a la homogeneización legal.⁴³⁶

Al igual que el modelo puro del plazo, este sistema otorga la decisión última de la interrupción del embarazo a la mujer embarazada, normalmente durante las primeras 12 semanas de gestación, sin supeditar la legalidad del aborto a ningún supuesto de impunidad excepcional definido en la ley. Todo ello sin perjuicio de incluir alguna indicación más allá del plazo inicial de impunidad, con la finalidad de resolver posibles conflictos que pudieran surgir pasado este periodo.

La principal característica de este modelo es la existencia de un periodo de asesoramiento al que se debe someterse la mujer embarazada obligatoriamente antes de tomar la decisión final de abortar o continuar con el embarazo.⁴³⁷

Durante el asesoramiento la mujer es informada sobre todo lo concerniente a la intervención abortiva, así como de las ayudas públicas y los derechos de que puede beneficiarse durante el embarazo y después del nacimiento del niño, es decir, prestaciones y ayudas sociales de apoyo a la maternidad con las que podría contar en caso de seguir adelante con el embarazo.

Este periodo está programado cuidadosamente con el propósito de que la mujer tome una decisión informada, responsable y consciente, garantizándose así la tutela efectiva de la vida humana en formación. Es decir, se protege la vida prenatal mediante el ofrecimiento a la mujer de información relevante y capaz de lograr que la mujer finalmente tome una decisión responsable y concienzuda, o de ser posible, de abrirla perspectivas de una vida futura con el niño decidiéndose por continuar con su embarazo. En cualquier caso, los términos del contenido, alcance y propósito del asesoramiento dependerán de las disposiciones propias de la legislación de cada país.

⁴³⁶ Véase infra 2ª, I, 1.

⁴³⁷ LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 46: "Sin embargo, este modelo se distancia del esquema puro del plazo porque impone a la embarazada una serie de exigencias previas a la toma de decisión, en particular, el deber de someterse a un proceso de asesoramiento –de duración variable según el juicio del asesor."

En el caso alemán el asesoramiento tiene como finalidad orientar la decisión de la mujer a favor de la continuidad del embarazo convenciéndola de que desista en lo posible de abortar. Así lo contempla el § 219 del CP alemán indicando que el asesoramiento está al servicio de la protección de la vida intrauterina, de modo que hay que animar a la mujer a continuar con el embarazo, abriéndole nuevas perspectivas de una vida con su hijo, contribuyendo mediante el asesoramiento (consejo y ayuda) a que la mujer supere la situación de conflicto asociada al embarazo y remedie la situación de necesidad. Aparte de expresar que la mujer debe adquirir conciencia de que, incluso frente a ella, el no nacido tiene un derecho propio a la vida durante todas las etapas de la gestación, y, consecuentemente, que una interrupción del embarazo sólo entra en consideración para el ordenamiento jurídico en situaciones excepcionales en las que la aceptación del hijo suponga un peso tan grave y excepcional que superar el límite de lo exigible, todo ello, a pesar de otorgarle la libre decisión sobre el aborto.⁴³⁸

Claramente, para que el asesoramiento cumpla de manera efectiva su función de protección de la vida humana en formación, resulta necesario que a nivel político se acuerden medidas que realmente ofrezcan a la mujer ayudas o derechos que le permitan seguir adelante con el embarazo y subsistir dignamente con su hijo. De ahí que LAURENZO COPELLO apunte a esta razón al valorar el modelo alemán, indicando que la ley alemana que reformó el modelo de despenalización del aborto en 1992 incluyó una auténtica batería de medidas extrapenales destinadas a facilitar la vida de las mujeres con cargas familiares, como iniciativas de carácter económico, laboral o asistencial como el derecho a la guardería a todos los niños a partir de los 3 años o la modificación de las leyes para facilitar la obtención de una casa a las mujeres con hijos.⁴³⁹

En conclusión, el sistema puro del plazo renuncia a la protección general de la vida del *nasciturus* durante el periodo inicial de impunidad, mientras en el sistema del plazo con asesoramiento mantiene la tutela de la vida prenatal durante todas sus etapas de desarrollo, incluido el periodo inicial en el que se le otorga a la mujer la decisión libre sobre la interrupción de su gestación. O sea, durante el periodo de impunidad el legislador ofrece al *nasciturus* una tutela distinta, más bien preventiva, sin recurrir a la sanción penal.

⁴³⁸ Véase infra, 2ª, I, 1.3, e).

⁴³⁹ LAURENZO COPELLO, El aborto, 2005, 47.

Conviene destacar que el sistema del plazo con asesoramiento no renuncia a la protección general de la vida prenatal como sí lo hace el sistema puro del plazo durante el periodo de impunidad. Por el contrario, durante el periodo inicial de impunidad, el modelo del plazo con asesoramiento ofrece una protección preventiva a la vida del *nasciturus* justamente a través del asesoramiento, sin recurrir a la tradicional sanción penal.

Finalmente, cabe precisar que en cierto modo el asesoramiento propio de este modelo admite un compromiso ineludible para la mujer embarazada, inclusive en contra de su voluntad, siendo esta la cuestión que aleja a este modelo de la esencia del sistema puro del plazo. Dicho de otro modo, el carácter obligatorio del asesoramiento previo desvirtúa la pureza del sistema del plazo respecto a la libertad e independencia de la mujer embarazada a hora de decidir sobre su embarazo (sin tener que motivar su decisión ni ser sometida a ningún supuesto o circunstancia de impunidad).

8.2. La discusión sobre la constitucionalidad de los modelos de despenalización alternativos al sistema de indicaciones

Conocidos los modelos alternativos para una reforma del sistema de indicaciones, resultaba ineludible examinar en términos rigurosamente jurídicos y desde la perspectiva estrictamente constitucional en qué sentido era posible otra regulación del aborto dentro del marco constitucional español.

En resumidas cuentas, era necesario estudiar la constitucionalidad de una eventual reforma del aborto, ya sea ampliando los supuestos de impunidad del mismo sistema de indicaciones, otorgando la decisión última a la mujer igualmente bajo dicho modelo excepcional de impunidad, o bien cambiando sustancialmente el planteamiento de la impunidad en casos determinados en las indicaciones, optando por un sistema puro de plazos o bien por el matizado modelo de plazos con asesoramiento.

En cualquier caso, las interpretaciones doctrinales que surgieron sobre la constitucionalidad de los modelos alternativos al restringido sistema de indicaciones del art. 417 bis del CP, nacieron del único pronunciamiento del TC español sobre la despenalización del aborto que existe, es decir, la STC 53/1985, y sobre todo, a partir de su manifestación sobre el sentido y alcance de la protección de la vida humana en formación.

Por añadidura, también se tuvo en cuenta que de que ninguno de los fundamentos jurídicos de la STC 53/1985 se desprende que no sea viable constitucionalmente un

modelo de despenalización del aborto distinto al contenido en el Proyecto de Ley sometido a control constitucional, siempre y cuando se cumplieran las premisas mínimas de legalidad establecidas por la propia Sentencia.

a) La constitucionalidad del sistema de indicaciones en sentido amplio

Teniendo en cuenta que el juicio de inconstitucionalidad de la Sentencia española deriva de la falta de garantías relativas a la comprobación de la existencia de los supuestos de impunidad contenidos en las indicaciones, y no de dichos supuestos en sí mismos (cuya constitucionalidad se reconoce expresamente), se considera que la inclusión de un “cuarto supuesto” o supuesto socioeconómico, en el sentido comúnmente expresado por la doctrina jurídica para un sistema de indicaciones en sentido amplio (referente a situaciones de conflicto entre los derechos e intereses de la mujer y la vida humana del *nasciturus* por razones económicas, sociales o personales), resultaría constitucional en virtud de la doctrina sentada por la STC 53/1985.⁴⁴⁰

RUIZ MIGUEL considera que la Sentencia no excluye la posible licitud de la despenalización de supuestos de aborto distintos a los recogidos en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, independientemente de que sólo analice las indicaciones previstas en este Proyecto de Ley, poniendo determinadas condiciones para ser consideradas constitucionales. Es decir, deduce que no sólo estos supuestos podían haberse declarado constitucionales, sino que si se hubieran previsto otros también habrían resultado constitucionales aunque sujetos a condiciones similares.⁴⁴¹ Esta postura resulta bastante despreocupada al considerar ilimitadamente que cualesquiera otras indicaciones habrían sido consideradas constitucionales por el TC, aunque sujetas a condiciones similares. Pero es una postura lógica, teniendo en cuenta que este autor defiende la constitucionalidad del sistema del plazo al tenor de la doctrina constitucional española de la STC 53/1985, o sea, si concibe la constitucionalidad del sistema puro del plazo a la luz de la Sentencia española, con mayor razón entenderá superado el control de constitucionalidad de la despenalización del aborto mediante la introducción de la indicación socioeconómica al catálogo de supuestos de impunidad.

⁴⁴⁰ En este sentido RODRÍGUEZ MOURULLO, División de poderes, 1987, 190.

⁴⁴¹ Cfr. RUIZ MIGUEL, El aborto, 1990, 90 y sig.

Por otro lado, más allá de la configuración elegida por el legislador para determinar el contenido de la indicación socioeconómica o “cuarto supuesto” (en el sentido comúnmente dispuesto en la doctrina o en otro sentido), o bien de los supuestos de impunidad incluidos en el catálogo de las indicaciones, doctrinalmente se repasan las deficiencias propias de este modelo para insistir sobre la incertidumbre que soportan todos los intervinientes en el aborto y el menoscabo de los derechos fundamentales de las mujeres embarazadas en torno a este sistema despenalizador.

En primer lugar, se reitera que el sistema de indicaciones, aún en sentido amplio, por su propia naturaleza de modelo regla-excepción lleva siempre implícita la deficiencia de la inseguridad jurídica para todos los intervinientes en el aborto, existiendo en cualquier caso la posibilidad de un control judicial posterior a la práctica del aborto dirigido a comprobar si las circunstancias excepcionales que dan lugar a la impunidad efectivamente incurrieron en el caso concreto.

LAURENZO COPELLO señala que cuanto más amplio es el catálogo de supuestos de impunidad menor será la probabilidad de resultar condenado por un delito de aborto, pero no así de resultar implicado en un proceso judicial dirigido a la verificación del cumplimiento de todos los requisitos formales de cada indicación, porque resultaría un auténtico contrasentido, que la ley definiera por una parte los supuestos de excepcional impunidad del aborto y, por otra, que se privara a los jueces de su potestad de comprobar si las circunstancias excepcionales efectivamente habían concurrido en un caso concreto.⁴⁴²

En definitiva, independientemente del contenido de la indicación socioeconómica o de la mayor o menor amplitud del catálogo de las indicaciones, la legalidad del aborto al tenor de este modelo siempre será una excepción a la regla general de la prohibición absoluta del aborto en cualquier momento del embarazo, y por tanto, este modelo llevará siempre implícita la inevitable consecuencia de la inseguridad jurídica para la mujer embarazada, los médicos y demás personal sanitario que participe en el aborto, al existir el riesgo de una investigación reglamentaria ulterior.

En segundo lugar, se acentúa la crítica al menoscabo de los derechos fundamentales de la mujer embarazada como insuficiencia inherente a este modelo

⁴⁴² Véase LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 40.

despenalizar. Propiamente, se recalca el menoscabo de la intimidad y la dignidad de la mujer embarazada a la hora de pretender comprobar el fundamento jurídico del cuarto supuesto socioeconómico de impunidad. Es decir, para determinar la procedencia del “cuarto supuesto”, es preciso entrar a valorar, más allá de la imparcialidad, la situación personal de la mujer en sus aspectos económico y social, con el fin de conocer cuáles son sus circunstancias individuales adentrándose así en la esfera más íntima de la mujer, o sea, en torno a sus circunstancias laborales, sentimentales, familiares, relaciones personales, etc.

Y más aún, este sistema requiere que una vez conocidas las circunstancias más íntimas de la mujer, un tercero (designado al efecto) valore subjetivamente esas circunstancias personales, y en consecuencia falle sobre si las mismas son capaces o no para justificar el aborto, determinando así si realmente concurre en cada caso concreto el conflicto de intereses que sirve de fundamento jurídico a la impunidad del aborto. LAURENZO COPELLO considera que la imprescindible indagación en los aspectos más íntimos de la mujer para descubrir si realmente concurre ese conflicto existencia en el que se funda la impunidad, hace que estemos ante la indicación que mayores sacrificios demanda a la dignidad e intimidad de la mujer embarazada.⁴⁴³

En mi opinión, no tenía mucho sentido recurrir a un sistema de indicaciones en sentido amplio para reformar el añoso sistema de indicaciones español conociéndose de sobra la inseguridad jurídica para todos los intervinientes en el aborto inherente a las indicaciones, y más aún teniendo en cuenta el sacrificio absoluto de la intimidad y la dignidad de la mujer embarazada que conjetura la indicación socioeconómica. Mayormente, cuando la indicación terapéutica por riesgo para la salud psíquica de la mujer embarazada del sistema de indicaciones español había venido acogiendo (en virtud del concepto amplio de salud ofrecido por la OMS) auténticas situaciones de conflicto propias del “cuarto supuesto”, sin que con ello en la práctica se resolvieran las deficiencias evidenciadas.

b) Los problemas de constitucionalidad del sistema puro del plazo

Teniendo en cuenta la naturaleza del sistema puro del plazo y la doctrina sentada por la STC 53/1985 sobre el sentido y alcance de la protección de la vida humana en formación, la doctrina mayoritaria entendía cuanto menos dificultoso que una reforma

⁴⁴³ Al respecto LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 40 y sig.

basada en el sistema puro del plazo superara un control de constitucionalidad del TC español.⁴⁴⁴

Claramente la STC 53/1985 reconoce la tutela constitucional de la vida humana en formación desde el momento de la gestación y durante todas sus etapas de desarrollo sin distinción alguna, indicando que la preferencia total de los intereses de la madre sobre los del feto suponía la desaparición en todo caso de un bien no sólo constitucionalmente protegido sino que encarnaba un valor central del ordenamiento jurídico.

Por el contrario, el modelo puro del plazo declara la legalidad de todo aborto a partir de la simple solicitud de la mujer embarazada cuando es practicado por un médico dentro del plazo inicial de impunidad (que suele ser durante los 3 primeros meses del embarazo), existiendo una preferencia absoluta e incondicional del derecho de autodeterminación de la mujer frente a la vida del *nasciturus* durante el periodo inicial de impunidad. Así, durante el periodo de impunidad, la vida del *nasciturus* pierde su condición de objeto autónomo de tutela jurídica resultando mientras tanto superiores los intereses y derechos de la mujer embarazada.

En consecuencia, el modelo puro del plazo no ofrece tutela alguna de la vida prenatal durante el periodo inicial de impunidad, dejándola a expensas de la voluntad libre de la mujer embarazada durante dicho periodo. Es más, ni siquiera ofrece alguna vía alternativa de protección del *nasciturus* durante ese plazo, como sí sucede en el modelo alemán del plazo con asesoramiento, en cuyo caso la propia asesoría procura una salvaguardia preventiva de la vida prenatal.

LAURENZO COPELLO apunta que el sistema del plazo no sólo supone la renuncia a castigar por vía penal la interrupción de un embarazo más o menos temprano, sino que implica el reconocimiento de un auténtico “derecho subjetivo al aborto” que se extiende a

⁴⁴⁴ En este sentido LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 42 y sig.; y RODRÍGUEZ MOURULLO, *División de poderes*, 1987, 192; CUERDA ARNAU, *Tratamiento jurídico-penal del aborto consentido, propuestas de reforma*, RP, núm. 25, 2010, 27; y TOMÁS-VALIENTE, en: IAN SAPHIRO/DE LORA/TOMÁS-VALIENTE, *La Suprema Corte de los Estados Unidos y el aborto*, 2009, 97 y sigs.

la totalidad del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, deja sin tutela alguna al *nasciturus* durante el periodo inicial de la gestación.⁴⁴⁵

Sentado lo anterior, se concluye que el sistema puro del plazo conjetura justamente lo contrario a la disposición de protección que ofrece la Sentencia española (tutela constitucional de la vida humana en formación desde el momento de la gestación y durante todas sus etapas de desarrollo sin distinción alguna), en tanto no ofrece protección jurídica alguna al *nasciturus* durante el periodo inicial de impunidad.

Mejor dicho, se llega a entender que el modelo puro del plazo resulta claramente contrario a los juicios valorativos de la STC 53/1985 sobre la protección constitucional del *nasciturus* dada la impunidad absoluta e incondicional del aborto durante el periodo inicial y la concesión de preponderancia total a la libertad de la mujer sobre la vida humana en formación durante este espacio de tiempo inicial, dejando mientras tanto sin tutela alguna al *nasciturus*. En efecto la poca acogida que ha tenido este modelo en España.

En sentido contrario RUIZ MIGUEL defiende que la vida humana en formación no queda totalmente desprotegida en el sistema del plazo, en tanto se conserva la pena del aborto causado sin consentimiento de la madre durante el plazo inicial de impunidad.⁴⁴⁶ No obstante, comparto la opinión de LAURENZO COPELLO al considerar que este argumento resultaba poco convincente, ya que en el contexto de un modelo que concede primacía absoluta a la mujer para decidir sobre su embarazo, es lógico que lleve hasta sus últimas consecuencias el respeto al derecho de autodeterminación donde el castigo del aborto no consentido debe explicarse como una vía más de tutela del derecho a la maternidad (manifestado en la potestad de la mujer para seguir adelante con el embarazo), y no como un mecanismo independiente de tutela de la vida en gestación.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ Véase LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 42.

⁴⁴⁶ RUIZ MIGUEL, *El aborto*, 1990, 102: "Junto a las consideraciones precedentes, no conviene olvidar que una eventual introducción del sistema de plazos no afectaría en absoluto a la vigente protección de la que, según el Código Penal, goza el no nacido en cualquier momento de la gestación a través del castigo del aborto no consentido por la mujer."

⁴⁴⁷ En esta línea TOMÁS-VALIENTE, en: IAN SAPHIRO/DE LORA/TOMÁS-VALIENTE, *La Suprema Corte de los Estados Unidos y el aborto*, 2009, 97 y siqs.; quien estima que nada se opone, desde el punto de vista constitucional, a una despenalización de la interrupción del embarazo a través del sistema del plazo.

Por otra parte, para valorar la constitucionalidad de este modelo se tuvieron en cuenta las dos obligaciones generales del Estado, derivadas de la protección constitucional del *nasciturus* que destaca la Sentencia española: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación; y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que supusiera una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluyera también como última garantía las normas penales.

Para algunos autores estaba bastante claro que el sistema puro del plazo no se corresponde con el deber del Estado de organizar un sistema legal que tutele de manera efectiva la vida prenatal sin distinción alguna durante todas sus etapas de desarrollo, porque evidentemente este modelo concede libertad absoluta a la mujer embarazada para abortar durante el periodo inicial del embarazo, sin que durante este plazo se ejerza tutela alguna de la vida prenatal.⁴⁴⁸

Hay que hacer notar que el TC español, para poder declarar la constitucionalidad de las indicaciones recogidas en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis del Código Penal, se vale del conflicto de intereses que surge cuando la mujer no desea continuar con el embarazo, ya sea porque el mismo supone un peligro para su vida o su salud, o por razones de otro carácter, en cuyo caso entran en colisión la vida humana en formación y los derechos o intereses de la mujer embarazada. El TC acepta que la protección de la vida humana en formación puede y debe ceder en determinados supuestos en los que entra en colisión con derechos de la mujer igualmente amparados en la CE, admitiendo así la legitimidad de imponer restricciones a la tutela jurídica de la vida del feto, pero siempre con la condición de que esas limitaciones se funden en un conflicto de intereses relevante para la mujer.

Es más, la STC 53/1985 advierte expresamente que esa colisión entre bienes jurídicos protegidos de jerarquía constitucional no debe conducir a la desprotección absoluta de la vida del *nasciturus* en algún momento del embarazo, porque la preferencia

448

RODRÍGUEZ MOURULLO considera que la doctrina de la Sentencia española resulta incompatible con el sistema del plazo a pesar de la advertencia que hacen los partidarios de este modelo, al defender que el mismo no pretende dejar sin protección la esperanza de vida durante un período de tiempo, señalando que la pena no es el medio más adecuado para proceder a tal protección durante el plazo indicado, sino que por lo contrario es una medida contraproducente en la práctica. Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, División de poderes, 1987, 192.

total de los intereses de la madre sobre los del feto, a su juicio, supone la desaparición en todo caso de un bien no sólo constitucionalmente protegido sino que encarna un valor central del ordenamiento jurídico.

Estas últimas consideraciones sirvieron como un argumento más para entender que el sistema puro del plazo es contrario a la doctrina constitucional española, al aceptar la impunidad excepcional del aborto únicamente a partir de la existencia de un conflicto entre la vida del feto y los derechos e intereses de la madre, cosa que no sucedía en el modelo puro del plazo donde se le da plena libertad de disposición sobre la vida del feto a la madre durante el plazo de impunidad, sin que medie ningún conflicto de intereses ni se tenga en cuenta ningún supuesto de impunidad preestablecido legalmente.

En síntesis, la doctrina mayoritaria consideraba inviable ajustar una reformar del aborto basada en el modelo puro del plazo con la doctrina constitucional de la STC 53/1985, ya que esta Sentencia determina el comienzo de la vida desde el inicio de la gestación (aunque considere que el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida), acordando la tutela constitucional del *nasciturus* desde el momento mismo de la gestación y durante todas sus etapas de desarrollo sin distinción alguna, concibiendo que la vida prenatal no puede desprotegerse en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno sino también un momento del desarrollo de la vida misma (el embarazo), de modo que el “*tertium*” existencial distinto de la madre que genera la gestación no puede quedar sometido a la libre decisión de la mujer embarazada, fundando en consecuencia la obligación del Estado de establecer una defensa efectiva de la vida prenatal.⁴⁴⁹

Hábilmente, LAURENZO COPELLO sostiene que no siendo el sistema puro del plazo una alternativa viable para reformar el sistema de indicaciones español a la luz de la doctrina del TC sobre la protección de la vida anterior al nacimiento, se podía ensayar alguna interpretación diferente a la que hacía la Sentencia española sobre el art. 15 de la CE. Es decir, una interpretación más favorable que la del reconocimiento de superioridad

449

En este sentido RODRÍGUEZ MOURULLO, *División de poderes*, 1987, 192; asimismo LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 42.

del derecho a la autodeterminación de la mujer frente a la vida del feto que hace el sistema puro del plazo.⁴⁵⁰

En sentido contrario RUIZ MIGUEL, quien entiende que la STC 53/1985 es tan compleja y ambigua como para considerarla susceptible de más de una interpretación acerca de la constitucionalidad del sistema del plazo. Para ello realiza una interpretación amplia de la Sentencia, defendiendo que el sistema del plazo se puede justificar con una simple extensión lógica de la fundamentación relativa a la indicación criminológica ofrecida por la misma cuando entra a demostrar la constitucionalidad de dicha indicación. Recuerda que la Sentencia considera que obligar a la mujer a soportar un embarazo que es consecuencia de una violación contraría su dignidad como persona, bien porque se le considera un mero instrumento, bien porque el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar la vida a un nuevo ser, vida que afectaría profundamente a la suya en todos los sentidos. Explica que el valor que la Sentencia le otorga a la libertad de la mujer (entendido como autonomía o autodeterminación para decidir sobre un aspecto tan trascendente de su vida) no se refiere al mero consentimiento del acto sexual que origina el embarazo (por más que el mismo fundamento jurídico destacara oportunamente la violación en contra de la voluntad de la mujer, y que por la violencia que implica lesione también su dignidad personal), sino al consentimiento sobre el embarazo y sus consecuencias en la propia vida futura de la mujer; es decir, no es sólo el acto de la violación como tal el que justifica el aborto en la indicación criminológica, sino el hecho de que el hijo así concebido (no deseado) afecta la dignidad y la autonomía de la mujer. Reflexiona que la relevancia a la autonomía de la mujer reconocida por la Sentencia enmarca socialmente que el acto de abortar, y hasta el propio acto de decidirlo, están lejos de ser insignificantes para la mujer afectada (en cuanto solían conllevar repercusiones psicológicas que iban mucho más allá de las ya de por sí relevantes implicaciones clínicas), considerando en consecuencia que dejar la decisión de abortar bajo la responsabilidad de la mujer exenta de interferencia estatal durante las primeras semanas de embarazo no supone extremar el valor de su consentimiento, lo que implica -de modo semejante al del embarazo no consentido producto de una violación- garantizar adecuadamente la dignidad y la autonomía de la

450

Véase LAURENZO COPELLO, El aborto, 2005, 42 y sig.

mujer ante cualquier embarazo que no resultaba consentido hasta el punto de preferir someterse a un aborto.⁴⁵¹

En mi opinión, resultaba francamente imposible defender la constitucionalidad del sistema puro del plazo a la luz de una doctrina constitucional completamente inconciliable con la propia naturaleza de este modelo despenalizador. Las consideraciones de la STC 53/1985 son llanamente conservadoras inclinándose por la protección absoluta de la vida prenatal desde el momento mismo de la gestación y durante todas sus etapas de desarrollo sin distinción alguna, hasta vedar abiertamente el sometimiento de la vida prenatal a la libre decisión de la mujer embarazada para lo cual involucra al Estado imponiéndole la obligación de establecer un sistema legal para su defensa efectiva. Por ende, era imposible justificar sólidamente un modelo donde la interrupción de la gestación era libre e incondicional para la mujer durante un periodo de tiempo determinado, sin mediar garantía alguna de protección alternativa para la vida del *nasciturus*.

c) El sistema de indicaciones con decisión última de la mujer y sus problemas constitucionales

Las consideraciones doctrinales que valoraron la aptitud del modelo de indicaciones con decisión última de la mujer para superar las deficiencias del sistema de indicaciones del art. 417 bis del CP, y sobre todo, para prevalecer ante un posible control de constitucionalidad del TC español, versaron sobre la naturaleza de este modelo, es decir, sobre la prevalencia que el mismo concede a la libertad de decisión de la mujer embarazada durante la fase inicial del embarazo, por encima de la vida del *nasciturus* (característica principal del sistema del plazo).⁴⁵²

⁴⁵¹ Véase RUIZ MIGUEL, El aborto, 1990, 90, 94 y 95.

⁴⁵² Como vimos precedentemente, el sistema de indicaciones con decisión última de la mujer confiere la decisión sobre el aborto a la mujer embarazada durante un plazo inicial de impunidad (característica principal del sistema del plazo) dentro de una estructura propia del sistema de indicaciones. Esta estructura dispone un catálogo de supuestos de impunidad entre los que se encuentra una indicación particularmente amplia, que permite a la mujer abortar durante un plazo inicial del embarazo (generalmente 12 semanas) por razones económicas, sociales o familiares. Más aún, la ley no encarga a un tercero imparcial la valoración del efectivo cumplimiento de este amplio supuesto de legalidad, sino que por el contrario confiere a la mujer embarazada la valoración de su situación concreta, pudiendo determinar ella misma si concurren o no en su caso todas las circunstancias que configuran el conflicto definido en la ley como base de la impunidad del aborto.

En un principio se valora positivamente el poner la decisión sobre el aborto en manos de la mujer embarazada, al considerarse que así se supera la deficiencia de la inseguridad jurídica para todos los intervinientes en la interrupción del embarazo inherente a las indicaciones, y más aún, a la compleja disposición de los supuestos de impunidad del art. 417 bis del CP.⁴⁵³

No obstante, en cuanto se entra a analizar la conformidad del sistema de indicaciones con decisión última de la mujer con los juicios valorativos de la STC 53/1985 (sobre el sentido y alcance de la protección de la vida humana en formación), se denotan importantes contradicciones constitucionales que roban toda importancia a la ganancia en seguridad jurídica antes dicha.

La clave de la contrariedad de este sistema y la STC 53/1985 reside en que el modelo que nos ocupa concede a la mujer embarazada la decisión sobre el aborto durante un periodo determinado del embarazo, sin encargar a un tercero imparcial la vigilancia del efectivo cumplimiento del supuesto de legalidad, dejando en manos de la mujer la valoración de la efectiva concurrencia de las circunstancias que justifican esta indicación (como sucede en el sistema del plazo).

Es más, el problema persiste independientemente del conjunto de requisitos y circunstancias que disponga la ley para la existencia de esta indicación, pues lo que hace este modelo es otorgar la decisión sobre el aborto a la mujer sin control alguno, excluyendo todos los requisitos formales destinados a fiscalizar la efectiva existencia de estas circunstancias y el cumplimiento de las exigencias propias de la indicación.

Mejor dicho, las circunstancias sociales, familiares o económicas que conforman esta indicación, así como los requisitos que dispone la ley para su existencia no tienen valor alguno, pues no existe manera de confirmar si efectivamente estos elementos están presentes en cada caso concreto. De hecho, se presume su presencia, mientras tanto, la legalidad del aborto sólo depende del consentimiento libre de la mujer embarazada prestado dentro del plazo inicial legalmente establecido al efecto como sucede en el sistema puro del plazo que estudiamos antes.

⁴⁵³ Al respecto LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 44.

LAURENZO COPELLO considera que el intento de incorporar la característica más pura del sistema del plazo (la decisión última de la mujer) en una estructura que pretende mantenerse fiel a la esencia del modelo de las indicaciones (la idea de que el aborto no punible es sólo una excepción al principio de tutela penal de la vida en gestación durante todas sus etapas de desarrollo), es una simbiosis sencillamente imposible porque la opción político-criminal de respetar la decisión de la mujer durante una fase de la gestación, sean cuales fueren las exigencias formales que la acompañen, supone precisamente el camino contrario, esto es, la renuncia general a la protección penal de la vida intrauterina durante un plazo inicial del embarazo.⁴⁵⁴

Y he aquí el *quid* de la cuestión: la decisión libre de la mujer embarazada sobre el aborto en este modelo, conjetura la renuncia general a la protección de la vida prenatal durante el plazo inicial del embarazo, aunque esta especialidad sea disimulada mediante un supuesto amplio de impunidad o bajo la estructura del sistema de las indicaciones, de modo que, en definitiva, dichas indicaciones no tienen validez alguna.⁴⁵⁵

Por consiguiente, el sistema de indicaciones con decisión última de la mujer, al igual que el sistema puro del plazo, justamente admite lo contrario a la disposición de protección de la vida prenatal que ofrece la Sentencia española (la tutela constitucional de la vida humana en formación desde el momento de la gestación y durante todas sus etapas de desarrollo sin distinción alguna), al no ofrecer protección jurídica alguna al *nasciturus* durante el periodo inicial de impunidad.

En conclusión, este modelo reconoce la impunidad absoluta e incondicional del aborto durante el periodo inicial y la concesión de preponderancia total a la libertad de la mujer sobre la vida humana en formación durante este espacio de tiempo inicial, dejando mientras tanto sin tutela alguna al *nasciturus*.

⁴⁵⁴ Véase LAURENZO COPELLO, El aborto, 2005, 44.

⁴⁵⁵ En este sentido CUERDA ARNAU al considerar que la decisión libre de la mujer embarazada sobre el aborto en este modelo presupone la renuncia general de la protección penal de la vida del *nasciturus*, independientemente de que se quisiera ocultar la misma bajo un catálogo de indicaciones, que en el fondo quedaría en papel mojado. Véase CUERDA ARNAU, RP, núm. 25, 2010, 27. Asimismo, LAURENZO COPELLO, que considera este modelo como un auténtico sistema de plazos aunque arropado por las apariencias del sistema de indicaciones. Cfr. LAURENZO COPELLO, El aborto, 2005, 44.

De ahí que se considere que el modelo de indicaciones con decisión última de la mujer difícilmente superaría un control de constitucionalidad ante el TC español, con base en la doctrina de la STC 53/185.⁴⁵⁶ De hecho, LAURENZO COPELLO considera que la apariencia del sistema de indicaciones con que se oculta la libre decisión de la mujer en el modelo de indicaciones con decisión última de la mujer, seguramente va dirigida a evitar los siempre temibles reproches de inconstitucionalidad.⁴⁵⁷

d) El sistema del plazo con asesoramiento y su conformidad con la Constitución española

Las consideraciones doctrinales relativas al sistema del plazo con asesoramiento y su conformidad con la doctrina constitucional española sobre el aborto se realizan a partir de la experiencia alemana en relación con su actual sistema de plazos con asesoramiento, sin obviar la jurisprudencia constitucional alemana sobre el aborto (BVerfGE 39, 1, de 25 de febrero de 1975; y 88, 203, de 28 de mayo de 1993).⁴⁵⁸

Primeramente se reflexiona sobre la capacidad de este modelo para superar la deficiencia de la inseguridad jurídica para todos los intervinientes en el aborto, sin entrar en conflicto con el deber constitucional de protección de la vida prenatal dispuesto por la Sentencia española (desde el momento de la gestación y durante todas sus etapas de desarrollo sin distinción alguna).

A propósito, se reconoce que el sistema del plazo con asesoramiento ofrece las condiciones necesarias para eliminar dicha inseguridad jurídica, al otorgar a la mujer embarazada la decisión libre sobre la interrupción del embarazo durante las primeras 12

⁴⁵⁶

Para CUERDA ARNAU esta singularidad conjetura que este modelo es un verdadero sistema de plazos que difícilmente superaría los reproches de inconstitucionalidad del TC español, teniendo en cuenta la doctrina de la Sentencia española. Véase CUERDA ARNAU, RP, núm. 25, 2010, 27.

⁴⁵⁷

Resulta interesante la reflexión de LAURENZO COPELLO al considerar que esta fórmula despenalizadora resultaba peliadosa y cuanto menos contraproducente: peliadosa porque no podía evitar ciertas interpretaciones restrictivas que con apoyo en la definición legal de las situaciones de conflicto, intentasen reducir el alcance del derecho a la autodeterminación de la mujer embarazada; y contraproducente, en tanto ante un posible control de constitucionalidad, donde el aborto se presentaba formalmente como una excepción a la prohibición absoluta, no cabría alegar los múltiples argumentos que permitían justificar una renuncia general al castigo del aborto durante la primera etapa del embarazo, como se hacía en el sistema del plazo con asesoramiento. Cfr. LAURENZO COPELLO, El aborto, 2005, 45.

⁴⁵⁸

Véase infra 2ª, I, 1.

semanas de gestación, sin someter la legalidad del aborto a la concurrencia de una mezcla de requisitos expresamente definidos en la ley.

LAURENZO COPELLO entiende que la única incertidumbre de revisiones judiciales posteriores podría versar sobre el cumplimiento de las exigencias ajustadas a este modelo, como la comprobación del sometimiento de la mujer al asesoramiento, la ejecución del aborto en un centro acreditado al efecto, etc.⁴⁵⁹

Por otra parte, el argumento más fuerte para defender la factible superación de un control de constitucionalidad referente al modelo del plazo con asesoramiento en el contexto constitucional español, es que dicho sistema no renuncia a la protección general de la vida prenatal durante todas las etapas del embarazo, como sí lo hace el sistema puro del plazo. De hecho, este modelo mantiene la tutela de la vida prenatal incluso durante el periodo inicial de impunidad, de modo que durante este periodo del embarazo se cambia la configuración de la tutela del *nasciturus*, designando una protección preventiva a través del asesoramiento en vez de acudir a la tradicional sanción penal. Así lo demuestra el modelo alemán, que sin renunciar a la protección general de la vida prenatal durante todo el embarazo, intenta una debida tutela de la vida prenatal “con la mujer y no contra ella” durante el periodo inicial de impunidad, ofreciendo a la mujer una asesoría con información capaz de remediar el conflicto personal que le supone un embarazo no deseado.

De ahí que el asesoramiento previo tenga como propósito principal que la mujer tome una decisión informada, responsable y consciente, para lo cual necesariamente se le debe ofrecer información capaz de lograr esa decisión comprometida y concienzuda, o de ser posible, de abrirla perspectivas de una vida futura con el niño decidiéndose por continuar con su embarazo.

Evidentemente, se reconoce que el acuerdo y puesta en marcha de políticas sociales, económicas y laborales destinadas a facilitar la maternidad, es imprescindible para hacer efectiva la protección preventiva del *nasciturus* a través del asesoramiento como alternativa a la sanción penal. Es más, no vale con acordar y poner en marcha estas medidas, sino que las mismas deben ser capaces de facilitar las necesidades inherentes a la maternidad, pues de lo contrario, el propósito y la función del asesoramiento quedarían

459 En este sentido LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 49.

en papel mojado. Dicho de otro modo, lo más importante para cumplir con el deber de protección de la vida (art. 15 de la Constitución), es la efectividad de las medidas que acuerda el Estado para facilitar la maternidad y sortear en lo posible las interrupciones del embarazo. Esta es la razón del especial cuidado que se ejerce sobre el contenido y la finalidad del asesoramiento justamente para preservar la función protectora de la vida prenatal.⁴⁶⁰

En otro orden de cosas, la doctrina analiza el sacrificio del derecho a la intimidad de la mujer embarazada a partir de la obligatoriedad del asesoramiento.

Se reflexiona que la imposición de la asesoría exige a la mujer exponer (incluso en contra de su voluntad) ante unos desconocidos que la ley ha nombrado como asesores⁴⁶¹ el conflicto personal que le supone un embarazo no deseado, de modo que se invade su esfera más íntima al ahondar en su situación personal y sus circunstancias laborales, sentimentales, familiares, relaciones personales, etc., suponiendo un auténtico menoscabo para su intimidad.

Sin embargo, se precisa que el perjuicio de la intimidad de la mujer no parece excesivo si se garantiza en todo momento el pleno respeto de la dignidad de la mujer, para lo cual es preciso impedir que se ejerza sobre ella presión alguna (por razones éticas o religiosas) que condicione su decisión final sobre el aborto o que le haga más difícil su conflicto personal, de modo que la última palabra le corresponde a la mujer embarazada y los asesores, el Estado, y cualquier otro tercero deberán respetarla. Para ello LAURENZO COPELLO considera trascendental tener especial diligencia a la hora de escoger las personas que hagan de asesores, con el fin de garantizar su objetividad, de modo que deberían quedar excluidos en todo caso quienes se declaren objetores de conciencia ya que un rechazo ético del aborto difícilmente puede garantizar los mínimos de objetividad requeridos para esta tarea.⁴⁶²

⁴⁶⁰ LAURENZO COPELLO. El aborto. 2005. 50: "Sin embargo, para que esta alternativa sea creíble y no suscite sospechas de ser una mera fachada formal dirigida a eludir reproches de inconstitucionalidad, es imprescindible prestar especial atención al contenido y finalidad del asesoramiento. Para ello se hace necesaria una configuración que resulte adecuada a la función preventiva que le atribuye el sistema, algo que sin duda requerirá un cierto grado de sacrificio por parte de la embarazada."

⁴⁶¹ Personas absolutamente desconocidas para la mujer, ajenas a su círculo más cercano de amistades y familiares.

⁴⁶² Véase LAURENZO COPELLO, El aborto, 2005, 50.

En resumidas cuentas, el modelo del plazo con asesoramiento, en el sentido antes indicado, consigue una ponderación adecuada de los bienes jurídicos en conflicto resultando afín con Sentencia española sobre el aborto. En primer lugar, porque logra tutelar de manera efectiva la vida humana en formación durante todas sus etapas de desarrollo, aún cuando cambia la configuración de la tutela del *nasciturus* durante el periodo inicial de impunidad (por la protección preventiva a través del asesoramiento en vez de acudir a la tradicional sanción penal), cumpliendo así con la exigencia dispuesta por la STC 53/1985, referente al deber del Estado de tutelar la vida prenatal durante todo sus estadios. Y en segundo lugar, porque ofrece una correcta protección de la intimidad y la dignidad de la mujer embarazada al garantizar el respeto de la decisión última de la mujer sobre el aborto.⁴⁶³

La experiencia alemana relativa a la despenalización del aborto en virtud del modelo del plazo con asesoramiento resultaba muy significativa para España, en tanto este modelo logró superar un difícil control de constitucionalidad ante el TC alemán, a pesar de que la doctrina constitucional alemana (decisión 39,1 de febrero de 1975 del Tribunal Constitucional Federal alemán) había dejado clara la obligación del Estado de tutelar la vida del *nasciturus* en todas las etapas del embarazo, al tiempo que sólo admitía la legitimidad del aborto como un supuesto excepcional basado en situaciones de conflicto. Exactamente como sucede en la jurisprudencia constitucional española en virtud de la STC 53/1985.⁴⁶⁴

Así pues, se podía presumir la posibilidad de que, de optarse en España por un sistema de plazos con asesoramiento para reformar el modelo de las indicaciones del art. 417 bis del CP, el TC español volviera a inclinarse por seguir la línea del TC alemán

⁴⁶³

En un sentido parecido LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 50: "Bajo estos presupuestos, el modelo del asesoramiento se presenta como una fórmula adecuada para conseguir un cierto equilibrio de los deberes que, a juicio del Tribunal Constitucional, el Estado ha de respetar en cualquier proceso de despenalización del aborto. Esto es, el deber de tutela de la vida embrionaria y la debida atención a la dignidad y a la intimidad de la mujer embarazada."

⁴⁶⁴

Véase infra 2ª, I, 1.2. Asimismo, JÜRGEN SCHWABE, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe, 2009, 114 y sigs.

(BVerfGE) declarando la constitucionalidad de este modelo teniendo en cuenta la similitud de ambos ordenamientos jurídicos.⁴⁶⁵

Cabe precisar que, la segunda sentencia alemana sobre la despenalización del aborto (BVerfGE 88, 203, de 28 de mayo de 1993) acepta la constitucionalidad del modelo del plazo con asesoramiento partiendo de la legalidad de una iniciativa político-criminal que apuesta por la autorresponsabilidad de la mujer para evitar la práctica de interrupciones del embarazo, llegando a aceptar que el mantenimiento de la prohibición penal durante el período inicial de impunidad en que se protege preventivamente al *nasciturus* a partir del asesoramiento, resulta contraproducente en la medida en que muchas mujeres pueden preferir caer en la ilegalidad antes de verse obligadas a someterse a la decisión de un tercero sobre un conflicto que le es altamente personal. Admite así que un sacrificio de tal índole sólo puede tener sentido si al final la mujer encuentra comprensión y respecto a su decisión final sobre el aborto. No obstante, contradictoriamente razona que la renuncia generalizada a la amenaza punitiva sólo es compatible con el deber constitucional de tutela de la vida prenatal durante todas sus etapas de desarrollo, de modo que para dar cumplimiento a este mandato constitucional, la legislación alemana incluye una declaración expresa de reprobación general del aborto, al mismo tiempo que apunta que el propósito del asesoramiento es hacer que la mujer finalmente se decida a favor de la continuación del embarazo, logrando así mantener la decisión última sobre el aborto en manos de la propia mujer embarazada.

Por tanto, la experiencia alemana viene a confirmar que el modelo del plazo con asesoramiento no es contrario a la tutela de la vida humana en formación (durante todas sus etapas de desarrollo) dispuesta por la Sentencia española (STC 53/1985), cuando el asesoramiento previo es dispuesto con total formalidad para asegurar la protección (aún preventiva) de la vida humana en formación, haciendo explícito su propósito de prevenir en la medida de lo posible la realización de abortos, o bien, de lograr que la mujer finalmente se decida a favor de la continuación del embarazo, suponiendo un compromiso serio para la mujer en virtud de la obligatoriedad de la asesoría y la reflexión que conlleva la decisión final sobre el aborto cuando el Estado proporciona ayudas capaces de facilitar

⁴⁶⁵

El TC español ya había optado por seguir la línea jurisprudencial alemana sobre el aborto al momento de pronunciarse sobre la constitucionalidad del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis del CP, de ahí la gran similitud de la Sentencia española (STC 53/1985) y la Sentencia alemana sobre la despenalización del aborto de 1975 (BVerfGE 39, 1, de 25 de febrero de 1975).

la maternidad. Con base en las anteriores consideraciones, no se le puede negar la constitucionalidad a este modelo en tanto sólo es necesario un cambio de criterio sobre la forma de proteger la vida del *nasciturus* durante el periodo inicial de impunidad, naturalmente sin prescindirse del respeto de la decisión final de la mujer, independiente de cuál sea, pues como bien ha demostrado la realidad social del aborto en España y en el mundo entero, la prohibición absoluta del aborto y el recurso a la sanción penal no han sido capaces de evitar la práctica de las interrupciones del embarazo, con el inconveniente de las graves consecuencias sociales, sobre todo para la salud de las mujeres, que acarrearán los abortos clandestinos.

En conclusión, después de examinar los modelos alternativos para llevar a cabo una reforma del sistema de indicaciones español, en cuanto a su capacidad para superar las deficiencias del art. 417 bis del CP, y sobre todo, para predominar ante un posible control de constitucionalidad del TC español, parecía claro que el sistema del plazo con asesoramiento, tal y como se había formulado en Alemania, representaba la mejor alternativa para España a la hora de reformar su legislación sobre el aborto, en tanto no entraba en conflicto con el mandato constitucional de protección de la vida humana en formación y tenía posibilidades de superar un control de constitucionalidad.⁴⁶⁶

9. Cuestiones a tener en cuenta para la reforma del sistema de indicaciones del artículo 417 bis del Código Penal

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, concernientes a las deficiencias del modelo de indicaciones del art. 417 bis del CP, así como a los modelos alternativos para reformar dicho sistema de indicaciones, en cuanto a su capacidad de superar aquellas deficiencias o un posible control de constitucionalidad ante el TC, claramente existían ciertas cuestiones que el legislador español debía tener muy en cuenta a la hora de modificar la legislación sobre el aborto.

Primeramente, convenía considerarse que el modelo alemán del plazo con asesoramiento era la mejor opción para reformar el sistema de las indicaciones. Por una parte, porque ofrecía las mejores condiciones para superar los defectos del sistema de indicaciones, en tanto vence la inseguridad jurídica asociada al posible control judicial

⁴⁶⁶ En este sentido véase LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 49; asimismo, CUERDA ARNAU, RP, núm. 25, 2010, 27.

posterior a la práctica del aborto para determinar la efectiva concurrencia de los presupuestos de cada indicación, sin supeditar su legalidad a la concurrencia de ningún supuesto de impunidad previamente definido en la ley. Y por otra parte, porque no entra en conflicto con el deber constitucional de protección de la vida del *nasciturus* durante todas las etapas del embarazo dispuesto por la STC 53/1985, a partir de la protección preventiva de la vida prenatal en virtud del asesoramiento previo debidamente prevenido al efecto.⁴⁶⁷

En segundo lugar, partiendo de una nueva regulación del aborto mediante el sistema del plazo con asesoramiento, resultaba conveniente limitar el CP para la regulación de los delitos de aborto, creándose una ley especial que se encargara de la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo o aborto impune, sistematizando todos los pormenores del nuevo modelo, las medidas o políticas de carácter social, laboral o económico dirigidas a facilitar la maternidad, haciendo viable la función preventiva del asesoramiento previo, y por ende, tutelando efectivamente la vida del *nasciturus* durante el periodo inicial de impunidad.

En tercer lugar, era necesario modificar la regulación del consentimiento de las menores de edad para la práctica del aborto en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Como es sabido, esta Ley suponía un serio obstáculo para la validez del consentimiento de las menores de edad a la hora de abortar, al obligarlas a contar en todo caso con la anuencia de sus padres o representantes legales cuando la embarazada era menor de 18 años, lo que vulneraba el derecho a la intimidad y el debido respeto a la autonomía de la voluntad de las menores, en tanto terceras personas tomaban una decisión sobre un asunto de carácter estrictamente personal. Bastaba con eliminar del art. 9.4 de dicha Ley, la referencia a la interrupción voluntaria del embarazo, en cuyo caso resultaría suficiente y adecuada la previsión general del art. 9.3 de la misma, donde se reconocía plena validez al consentimiento de los menores de edad con 16 años cumplidos, o menos, si tenían capacidad para comprender el alcance de la intervención clínica a que iban a ser sometidos.⁴⁶⁸

⁴⁶⁷ En este sentido LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 49.

⁴⁶⁸ Véase supra 1ª, II, 6.4.

En último lugar, resultaba muy importante regular el derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario respecto al aborto, a fin de garantizar el derecho de las mujeres a acceder en condiciones de igualdad y gratuidad al aborto legal ante el sistema nacional de salud.⁴⁶⁹

Para alcanzar una regulación del derecho a la objeción de conciencia acorde con otros intereses igualmente legítimos que podían verse afectados en torno a la misma, ante todo era preciso reconocer expresamente el derecho a la objeción de conciencia de los médicos y demás personal sanitario en torno al aborto, como por ejemplo lo hacían la legislación alemana e italiana.⁴⁷⁰ Posteriormente, era necesario establecer los límites y los requisitos obligatorios para el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, para lo cual se debían tener en cuenta los siguientes aspectos:

- Excluir del derecho a la objeción de conciencia todos aquellos casos en que la vida de la mujer embarazada se encontraba en grave peligro, como bien lo había hecho el Partido Socialista en su Proposición de Ley Orgánica sobre regulación de la interrupción voluntaria del embarazo del año 2000.⁴⁷¹

- Del mismo modo, excluir del derecho a la objeción de conciencia los casos de grave peligro para la salud o integridad física de la embarazada, cuyo peligro era inevitable de modo distinto al aborto, evitando así caer en la desprotección de estos

469

Véase supra 1ª, II, 6.3.

470

LAURENZO COPELLO, *El aborto*, 2005, 60: "Así la ley alemana de ayuda a la embarazada y a la familia proclama en el parágrafo 12 que "nadie está obligado a tomar parte de una interrupción del embarazo. De modo algo más preciso, el artículo 9 de la ley italiana para la tutela social de la maternidad y sobre la interrupción del embarazo establece que el personal sanitario y auxiliar queda exento de participar en una interrupción del embarazo o en el procedimiento previo a la intervención cuando se alegue objeción de conciencia mediante una declaración previa."

471

El art. 4 de esta propuesta del grupo socialista establecía que en caso de urgencia en la práctica del aborto por concurrir riesgo vital para la gestante, tanto los médicos como el personal de enfermería y auxiliar estarían obligados prestar a la embarazada la asistencia necesaria para salvar su vida, sin que pudiera aducir razones de conciencia para eximirse de la responsabilidad en que pudieran incurrir por la denegación del auxilio debido. Cfr. el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 10-1, de 24 de abril de 2000.

derechos en casos de claro peligro grave o en criterios excesivamente amplios que dieran primacía absoluta a los mismos.⁴⁷²

▪Determinar los sujetos que podían invocar el derecho a la objeción de conciencia. Inicialmente, era conveniente concretarlo a las personas físicas, para evitar la objeción masiva en los servicios de ginecología y obstetricia de los hospitales públicos, como había sucedido en España a raíz de la amplia argumentación de la STC 53/1985.⁴⁷³ En cierto modo resultaba lógico, teniendo en cuenta que se trataba de un derecho vinculado a cuestiones muy personales (creencias religiosas o convicciones éticas). Asimismo, era acertado delimitar los sujetos que podían objetar la práctica o participación en un aborto por razones de conciencia, de modo que se redujera a los profesionales de la sanidad implicados de modo directo en la ejecución del aborto, es decir, a aquellos sanitarios que participaban directamente en las labores tendentes a la destrucción de la vida del *nasciturus*;⁴⁷⁴ dejándose fuera del alcance del mismo a todas aquellas personas que realizaban labores distintas como podían ser las realizadas por el personal administrativo, directivo, de limpieza, camilleros, etc.⁴⁷⁵

▪Estipular la manera exacta de ejercer el derecho a la objeción de conciencia, a fin de garantizar el pleno ejercicio del derecho a abortar de las mujeres, haciendo especial alusión a la exigencia de una manifestación previa de la objeción de conciencia del personal sanitario para la práctica del aborto en general ante las autoridades sanitarias competentes, para evitar objeciones imprevistas y poder coordinar correctamente los

472

En este sentido la Ley alemana de ayuda a la embarazada y a la familia, de 21 de agosto de 1995, parágrafo 12, al declarar no aplicable el derecho a la objeción de conciencia cuando la intervención era necesaria para evitar a la embarazada un peligro de muerte o un perjuicio grave para la salud que no fuese evitable de modo distinto.

473

Véase supra 1ª, II, 6.3.

474

Sobre los actos necesarios para la práctica del aborto y la determinación del alcance de la objeción de conciencia, véase ROMEO CASABONA, Objeción de conciencia, en Estudios jurídicos, 1997, 746 y sigs.

475

Sobre los sujetos del derecho a la objeción de conciencia, véase ROMEO CASABONA, Objeción de conciencia, en Estudios jurídicos, 1997, 741 y sigs.

servicios de interrupciones del embarazo de los hospitales públicos garantizando personal suficiente para la realización de las intervenciones abortivas.⁴⁷⁶

▪ Establecer la prohibición de realizar abortos en otras clínicas públicas o privadas a aquellos profesionales que se hayan declarado previamente objetores de conciencia, e incluso la incompatibilidad con la participación en la fase del asesoramiento previo en el modelo del plazo con asesoramiento. De tratarse del modelo del plazo con asesoramiento, estas medidas tratarían de evitar fraudes de ley al velar por la efectividad del asesoramiento para garantizar el pleno respeto de la dignidad de la mujer, la objetividad de los asesores (lo cual se conseguía teniendo especial cuidado a la hora de escoger las personas que debían ofrecer el asesoramiento), y como no, el respeto de la decisión última de la embarazada.⁴⁷⁷

▪ También resultaba conveniente establecer el deber del Estado de asegurar la práctica del aborto en los hospitales públicos, garantizando la presencia de suficiente personal sanitario no objetor para realizar los abortos, pudiendo recurrir incluso a la movilidad geográfica del personal sanitario. De este modo la ley reguladora de la objeción de conciencia ofrecería garantías suficientes a las mujeres gestantes para acogerse al aborto de manera satisfactoria.

▪ Finalmente, sería necesario acordar medidas tendentes a evitar que el personal sanitario vea disminuidos o afectados sus derechos laborales en virtud de la regulación del aborto, salvo lo dicho respecto a las posibles movilidades geográficas para garantizar el acceso de las mujeres a esta prestación sanitaria.⁴⁷⁸

476

En este sentido el art. 9 de la Ley italiana núm. 194/1978. Asimismo la mayoría de propuestas de reforma en el ámbito español, por ejemplo la Propuesta del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya. Véase el BOGC, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie B, núm. 37-1, de 23 de abril de 1990.

477

En este sentido la Propuesta del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya. Véase el BOGC, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie B, núm. 37-1, de 23 de abril de 1990; asimismo ROMEO CASABONA, Objeción de conciencia, en Estudios jurídicos, 1997, 748 y sigs.

478

Sobre las garantías para las mujeres gestantes en caso de objeción de conciencia por el personal sanitario, véase ROMEO CASABONA, Objeción de conciencia, en Estudios jurídicos, 1997, 750 y sig.

CAPÍTULO III. LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO VOLUNTARIO MEDIANTE EL SISTEMA DEL PLAZO CON ASESORAMIENTO

Como es conocido, la experiencia práctica en torno al sistema de indicaciones del art. 417 bis del CP, demostró la necesidad de reformar la legislación española sobre el aborto en términos más amplios que los formulados por el legislador de 1985. La finalidad era superar las carencias del sistema de indicaciones para garantizar adecuadamente la protección efectiva de la vida del *nasciturus* y el respeto de los derechos fundamentales de las mujeres embarazadas, garantizando seguridad jurídica a todos los intervinientes en el aborto y el acceso a la intervención en condiciones de igualdad y gratuidad para todas las mujeres.

El 15 de mayo de 2009,⁴⁷⁹ el Consejo de Ministros aprobaba el Anteproyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo,⁴⁸⁰ que más tarde, y sin mayores cambios,⁴⁸¹ daba lugar a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que actualmente sigue en vigor. Así, se despenaliza el aborto en España a partir del modelo

479

Después del también conocido debate sobre los modelos alternativos para acometer esta reforma y su conformidad constitucional.

480

El Anteproyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo sufre algunos cambios después de su tramitación en el Parlamento y tras pasar las diligencias de enmiendas en el Congreso y en el Senado que resulta importante mencionar. En primer lugar, se descartó la supresión de la pena de prisión a los médicos o terceros que intervienen en un aborto con consentimiento de la mujer para castigarlos sólo con pena de multa (de cara a la redacción del art. 145.3 del CP). En segundo lugar, se introduce una agravante para el aborto realizado por un médico o un tercero fuera de un centro sanitario acreditado al efecto, tanto respecto al aborto con consentimiento de la mujer embarazada (art. 145.1 del CP), como respecto a la responsabilidad penal del art. 145 bis del CP, en cuyo caso se impone la pena en su mitad superior. Y en tercer lugar, se crea el mencionado art. 145 bis del CP, que establece el nuevo delito de incumplimiento de los requisitos procedimentales del aborto (“aborto legal con defectos en su desarrollo”), de modo que aunque la interrupción del embarazo es lícita existe responsabilidad penal por la inobservancia de ciertas exigencias legales dispuestas expresamente.

481

Para CUERDA ARNAU, sin perjuicio de algunas correcciones técnicas y otras cuestiones, este anteproyecto merecía “una valoración positiva” en tanto afrontaba, “aunque ciertamente no con la misma decisión”, las paradojas a que abocaba la regulación del 417 bis del CP: el respeto de los derechos fundamentales y al principio de igualdad en su ejercicio; el restablecimiento del principio de legalidad; y la protección del *nasciturus*. Sobre este Anteproyecto de Ley véase CUERDA ARNAU, RP, núm. 25, 2010, 28 y sigs.

del plazo con asesoramiento, que permite abortar libremente a la mujer durante las primeras 14 semanas de gestación.

Esta Ley se aprueba gracias al apoyo del PSOE, quien gobernaba España en aquel momento, y de los partidos PNV, ERC, IU, ICV, BNG, NaBai y dos diputados de CiU.⁴⁸²

El PP había sido el único partido político que se opuso a la aprobación de esta Ley,⁴⁸³ así como algunos miembros de otros partidos como CC, UPN, UPyD y CiU.

Fuera del parlamento, organizaciones de la sociedad civil también mostraron su rechazo a la nueva Ley, como los representantes de la Conferencia Episcopal Española, de la Iglesia Católica, Asociaciones Pro-vida y el Instituto de Política Familiar.

En términos generales, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, viene a regular a la vez el conjunto de derechos sexuales y reproductivos y el aborto no punible. De este modo, el legislador español renuncia al acostumbrado método de ordenación del aborto impune dentro del articulado del CP.⁴⁸⁴ Por esta razón, la nueva Ley de plazos española se estructura afinadamente para dar cabida tanto a la regulación de los derechos sexuales y reproductivos como a la interrupción voluntaria y legal del embarazo. Recogiendo lo más importante, el título preliminar establece el objeto, las definiciones y los principios inspiradores de la Ley, proclamando asimismo los derechos que la misma garantiza; el título primero fija las políticas públicas en materia de salud sexual y reproductiva así como las medidas sanitarias y educativas; el título segundo regula las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo; y por último las disposiciones adicionales se ocupan del cumplimiento efectivo de los derechos y prestaciones reconocidas en esta Ley.

482

Esta Ley es conocida como la Ley Aído, al haber sido impulsada y aprobada durante el ejercicio de Bibiana Aído Almagro como Ministra de Igualdad, bajo el Gobierno del PSOE y la presidencia de José Luis Rodríguez Zapatero.

483

Presentando posteriormente un recurso de inconstitucional contra esta Ley que aún no ha sido resuelto por el TC español, como veremos más adelante.

484

Como señala CUERDA ARNAU se ha optado por “un modelo de asesoramiento que, según la conocida fórmula”, opta por “proteger al *nasciturus* con la mujer y no contra ella, lo que, por imperativo del principio de necesidad, como proyección del más amplio de prohibición de exceso, aconsejaba limitar la intervención penal en los términos en que se ha hecho”, es decir separando la regulación del aborto legal y voluntario del articulado del CP. Al respecto CUERDA ARNAU, RP, núm. 25, 2010, 28.

1. El objeto de la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

Dado que Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo regula simultáneamente el conjunto de derechos sexuales y reproductivos y el aborto no punible, resulta que el objeto de esta Ley (dispuesto en su art. 1) yace en garantizar los derechos fundamentales de las mujeres en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y establecer las obligaciones de los poderes públicos al respecto.

1.1. Garantizar los derechos fundamentales de las mujeres en el ámbito de la salud sexual y reproductiva

Para garantizar los derechos fundamentales de las mujeres embarazadas en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, esta Ley parte del reconocimiento internacional de los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos,⁴⁸⁵ y del nuevo propósito manifiesto de la política legislativa nacional de avanzar en el reconocimiento de la plena autonomía de las mujeres en el ámbito social, económico y político, promoviendo

485

El origen del concepto de derechos reproductivos, en el marco de Naciones Unidas y la OMS, aparecía en la Conferencia de Teherán de 1968 y en la definición de Bucarest (durante la Conferencia sobre población de 1974) que los definía como un derecho fundamental tanto de las parejas como de los individuos. Asimismo, la inclusión de la planificación familiar dentro del campo de los derechos reproductivos y de la salud reproductiva, se producía por primera vez en la Conferencia internacional para mejorar la salud de las mujeres y los niños por medio de la planificación familiar, celebrada en Nairobi, Kenia, en 1987. Por su parte, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, celebrada en El Cairo en septiembre de 1994, reconocía los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y definía los derechos reproductivos como aquellos que abarcaban ciertos derechos humanos que ya estaban reconocidos en leyes nacionales, documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos aprobados por consenso, basados en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y a disponer de la información y de los medios para ello, así como el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva, incluyendo también el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones o violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. LAURENZO COPELLO, *Doctrina*, 2012, 88, n. 219: "Expresamente se refiere a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres como derechos humanos la Plataforma de acción de la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer en Beijing en el año 1995." Véase también SHANKAR SINGH, *Un nuevo consenso sobre población: balance y propuestas en el umbral del siglo XXI*, 2001, 65.

la igualdad entre hombres y mujeres y la libertad dentro de la sociedad democrática, consolidando así su derecho a proyectar libremente su futuro.⁴⁸⁶

Cabe precisar aquí que los derechos sexuales representaban el derecho humano a expresar la propia sexualidad sin discriminación alguna, reconociendo el derecho a la libertad de orientación sexual de las personas y su diversidad; mientras que los derechos reproductivos buscan proteger la libertad y autonomía de todas las personas para decidir con responsabilidad si tener hijos o no, cuántos hijos tener, en qué momento de su vida y con quién, ofreciendo la capacidad a todas las personas de decidir y determinar su vida reproductiva.

Al respecto, la Exposición de Motivos de esta Ley señala que, el desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, siendo objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, señaladamente, de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar. Por tanto, la decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, e integraba un ámbito esencial de la autodeterminación individual, estando los poderes públicos obligados a no interferir en ese tipo de decisiones, pero, también, a establecer las condiciones necesarias para que los mismos se adopten de forma libre y responsable (servicios de atención sanitaria, asesoramiento o información). Se concreta que la protección de dicho ámbito de autonomía personal tiene una singular significación para las mujeres, para quienes el embarazo y la maternidad son hechos que le afectaban profundamente a sus vidas en todos los sentidos, como ha puesto de manifiesto diversos textos internacionales.⁴⁸⁷

⁴⁸⁶

En este sentido la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, y la Ley vasca 4/2005, para la igualdad de hombres y mujeres. Véase LAURENZO COPELLO, RPJTD, núm. 3, 2008, 240.

⁴⁸⁷

Así, en el ámbito de Naciones Unidas, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW), adoptada por la Asamblea General mediante Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, art. 12 que apuntaba que los Estados Partes adoptarían todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, incluidos los que se referían a la planificación familiar. Por otro lado, la Plataforma de Acción de Beijing acordada en la IV Conferencia de Naciones Unidas sobre la mujer celebrada en 1995, que había reconocido que los derechos humanos de las mujeres incluían el derecho a tener el control a decidir libre y responsablemente sobre su sexualidad, incluida la salud sexual y reproductiva, libre de

Asimismo, con relación al nuevo contexto normativo de España, orientado a consolidar nuevos valores sociales basados en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y la igualdad entre hombres y mujeres, dicha Exposición de Motivos señala que esta Ley pretende adecuar el marco normativo al consenso de la comunidad internacional en dicha materia, mediante la actualización de las políticas públicas y la incorporación de nuevos servicios de atención de la salud sexual y reproductiva, partiendo de la convicción, avalada por el mejor conocimiento científico, de que una educación afectivo sexual y reproductiva adecuada, el acceso universal a prácticas clínicas efectivas de planificación de la reproducción (mediante la incorporación de anticonceptivos de última generación cuya eficacia haya sido avalada por la evidencia científica en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y la disponibilidad de programas y servicios de salud sexual y reproductiva) es el modo más efectivo de prevenir, especialmente en personas jóvenes, las infecciones de transmisión sexual, los embarazos no deseados y en consecuencia los abortos.

Manifiestamente, el propósito del legislador español ha sido adaptar la regulación del aborto a la nueva realidad social del aborto en España, procurando siempre seguridad jurídica para las personas que participen en la interrupción voluntaria del embarazo. Para ello, se desliga de la idea tradicional de proteger de manera absoluta la vida humana en formación, salvo en supuestos excepcionales y muy limitados de impunidad preestablecidos en la ley, donde se presenta el problema del aborto como un conflicto de intereses impasible que el legislador entra a resolver con base en criterios imparciales sin tener realmente en cuenta la enorme implicación física y psicológica que supone para una mujer un embarazo no deseado y sobre todo la futura maternidad. Así, se da paso a una

presiones, discriminación y violencia. En el ámbito de la Unión Europea, la Resolución del Parlamento Europeo 2001/2128(INI) sobre salud sexual y reproductiva y los derechos asociados, en la que se contenía un conjunto de recomendaciones a los Gobiernos de los Estados miembros en materia de anticoncepción, embarazos no deseados y educación afectivo sexual que tenía como base, entre otras consideraciones, la constatación de las enormes desigualdades entre las mujeres europeas en el acceso a los servicios de salud reproductiva, a la anticoncepción y a la interrupción voluntaria del embarazo en función de sus ingresos, su nivel de renta o el país de residencia. Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España, establecía la obligación de los Estados Partes de respetar el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que querían tener, a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiada para su edad y a que se proveyeran los medios necesarios que les permitieran ejercer esos derechos, así como a que se mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones que los demás. Véase la LO 2/2010, en BOE núm. 55, de 4 de marzo de 2010.

nueva forma de concebir la regulación del aborto, basada en el respeto de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, teniendo en cuenta la carga que admite la maternidad para ellas, centrándose en el desarrollo de políticas adecuadas para la reducción de embarazos no deseados y del número de interrupciones del embarazo.⁴⁸⁸

1.2. Regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo

Al mismo tiempo, la nueva Ley de plazos pretende regular los requisitos y las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo en un texto legal más amplio, y como se ha indicado anteriormente, al margen del CP, o sea, desvinculándola de la ordenación del delito de aborto que sigue regulado en el CP.

Así, por primera vez en España se cambia el planteamiento legislativo habitual del aborto (por el que se codificaba el aborto impune también en el CP), dando lugar a un importante cambio en la política criminal del mismo, en tanto la regulación detallada e independiente de la interrupción voluntaria del embarazo supone el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, un reconocimiento que se concilia con la efectiva tutela de la vida humana en formación a través de un amplio programa preventivo de políticas sociales, económicas y sanitarias, destinadas a reducir los embarazos no deseados y en consecuencia las interrupciones del embarazo que claramente resultan dificultosas para las mujeres.⁴⁸⁹

En este sentido la Exposición de Motivos de la Ley apunta que la nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo fuera del CP sigue la pauta más extendida en los países de nuestro entorno político y cultural, buscando garantizar y proteger adecuadamente los derechos e intereses de la mujer y de la vida prenatal. De esta manera, la experiencia acumulada en la aplicación del marco legal vigente, el avance del reconocimiento social y jurídico de la autonomía de las mujeres tanto en el ámbito público

488

En este sentido resultan interesantes los apuntes realizados por LAURENZO COPELLO sobre la implicación física y personal que la interrupción voluntaria del embarazo supone para las mujeres embarazadas, una implicación que tiene que ver con el hecho biológico del embarazo, propio del sexo femenino, y la maternidad, cuyas repercusiones se proyectan con fuerza conmensurable sobre todo en la vida futura de las mujeres a las que la sociedad sigue atribuyendo de forma primordial la responsabilidad y el cuidado de los hijos e hijas, de manera que el binomio embarazo-maternidad no debe ser desvinculado de la cuestión del aborto. LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 89 y sigs.

489

En este sentido véase LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 95.

como en su vida privada, así como la tendencia normativa imperante en los países de nuestro entorno, abogan por una regulación de la interrupción voluntaria del embarazo presidida por la claridad, en donde se garantice adecuadamente tanto la autonomía de las mujeres como la eficaz protección de la vida prenatal como bien jurídico, claridad que se traduce en la pretendida seguridad jurídica para todos los intervinientes en el aborto.⁴⁹⁰

El art. 3 de esta Ley establece entre los principios y ámbito de aplicación de la misma, que en el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afecten a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes; reconociendo expresamente el derecho a la maternidad libremente decidida e indicando que nadie será discriminado en el acceso a las prestaciones y servicios previstos en esta Ley por motivos de origen racial o étnico, religión, convicción u opinión, sexo, discapacidad, orientación sexual, edad, estado civil, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

1.3. Establecer las obligaciones de los poderes públicos en todo lo concerniente a la interrupción voluntaria del embarazo

Por último, esta Ley tiene por objeto establecer las obligaciones de los poderes públicos en torno a la interrupción voluntaria del embarazo, esto es, para garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva y regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo.

Para ello, el legislador se basa en la experiencia práctica de la prohibición del aborto (incluso cuando se declara la impunidad de la interrupción del embarazo en ciertos supuestos definidos en la ley) la cual había demostrado su ineficacia para proteger efectivamente la vida prenatal y para respetar los derechos de las mujeres embarazadas, evidenciando que la protección de la vida humana en formación es más eficaz a través de políticas activas de anticoncepción o de apoyo a las mujeres embarazadas y a la

⁴⁹⁰

Se hace mención de la Resolución 1607/2008, de 16 abril, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que reafirmaba el derecho de todo ser humano, y en particular de las mujeres, al respeto de su integridad física y a la libre disposición de su cuerpo y en ese contexto, a que la decisión última de recurrir o no a un aborto correspondiera a la mujer interesada, que había invitado a los Estados miembros a despenalizar el aborto dentro de unos plazos de gestación razonables.

maternidad. Por esta razón, durante el plazo inicial de impunidad, el legislador tutela la vida prenatal a través de la voluntad de la mujer, de manera que la mujer pueda adoptar su decisión tras haber sido informada de todas las prestaciones, ayudas y derechos a los que puede acceder si desea continuar con el embarazo, de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales derivadas de la continuación del embarazo o de la interrupción del mismo, así como de la posibilidad de recibir asesoramiento antes y después de la intervención, disponiendo de un plazo de reflexión de al menos 3 días antes de tomar su decisión final, exigiéndose en todo caso la claridad y objetividad de la información e imponiéndose condiciones para que el asesoramiento se ofrezca en un ámbito y de un modo exento de presión alguna para la mujer.

En definitiva, la Ley de plazos española prevé cuatro capítulos de políticas públicas para la salud sexual y reproductiva que contienen medidas de carácter sanitario, educativo y social relativas al planteamiento normativo de la interrupción voluntaria del embarazo y al reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

Estas medidas se basan en la idea de que las mujeres sólo pueden lograr una sexualidad plena y libre si pueden controlar por sí mismas su capacidad reproductiva. De ahí que se les deba garantizar el acceso pleno a medios anticonceptivos seguros y eficaces que les permitan programar su propia reproducción o velar por su anticoncepción, y en caso de encontrarse ante un embarazo no deseado poder contar con autonomía suficiente para decidir por sí misma sobre la continuación o no de la gestación.

Para evitar que la autonomía de la mujer para decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo convierta el aborto en un método anticoncepcional, resulta necesario contar con métodos e instrumentos adecuados para conseguir el sexo seguro, y en consecuencia, menor riesgo de embarazos no deseados, y por tanto, menor recurso al aborto, orientando así las políticas públicas a reducir el número de abortos, lo que no elimina la opción libre de la mujer ante un embarazo no deseado.

El art. 5 de esta Ley establece los objetivos de la actuación de los poderes públicos en el desarrollo de sus políticas sanitarias, educativas y sociales. Dichos objetivos son: garantizar la información y la educación afectivo sexual y reproductiva en los contenidos formales del sistema educativo; el acceso universal a los servicios y programas de salud sexual y reproductiva; el acceso a métodos seguros y eficaces que permitan regular la fecundidad; la eliminación de toda forma de discriminación, con especial atención a las personas con algún tipo de discapacidad, a las que se les garantizará su derecho a la

salud sexual y reproductiva, estableciendo para ellas los apoyos necesarios en función de su discapacidad; la educación sanitaria integral y con perspectiva de género sobre salud sexual y salud reproductiva; y la información sanitaria sobre anticoncepción y sexo seguro que prevenga, tanto las enfermedades e infecciones de transmisión sexual, como los embarazos no deseados.

Asimismo, este precepto acuerda que los poderes públicos en el desarrollo de sus políticas promoverán las relaciones de igualdad y respeto mutuo entre hombres y mujeres en el ámbito de la salud sexual, la adopción de programas educativos especialmente diseñados para la convivencia, el respeto a las opciones sexuales individuales y la corresponsabilidad en las conductas sexuales independientemente de la orientación sexual.

Por su parte el art. 6 establece que los poderes públicos desarrollarán acciones informativas y de sensibilización sobre salud sexual y salud reproductiva, especialmente a través de los medios de comunicación, presentando particular atención a la prevención de embarazos no deseados, mediante acciones dirigidas principalmente a la juventud y colectivos con necesidades especiales, así como a la prevención de enfermedades de transmisión sexual.

El art. 7 dispone las medidas en el ámbito sanitario, disponiendo que los servicios públicos de salud garantizaran la calidad de los servicios de atención a la salud sexual integral y la promoción de estándares de atención basados en el mejor conocimiento científico disponible; el acceso universal a prácticas clínicas efectivas de planificación de la reproducción, mediante la incorporación de anticonceptivos de última generación cuya eficacia haya sido avalada por la evidencia científica, en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud; la provisión de servicios de calidad para atender a las mujeres y a las parejas durante el embarazo, el parto y el puerperio. Debiendo tener en cuenta en la provisión de estos servicios, los requerimientos de accesibilidad de las personas con discapacidad; y la atención perinatal, centrada en la familia y en el desarrollo saludable.

En el ámbito educativo, el art. 9 establece que el sistema educativo contemplará la formación en salud sexual y reproductiva como parte del desarrollo integral de la personalidad y de la formación en valores, incluyendo un enfoque integral que contribuya a la promoción de una visión de la sexualidad en términos de igualdad y corresponsabilidad entre hombres y mujeres con especial atención a la prevención de la

violencia de género, agresiones y abusos sexuales; el reconocimiento y aceptación de la diversidad sexual; el desarrollo armónico de la sexualidad acorde con las características de las personas jóvenes; la prevención de enfermedades e infecciones de transmisión sexual y especialmente la prevención del VIH; la prevención de embarazos no deseados, en el marco de una sexualidad responsable; en la incorporación de la formación en salud y salud sexual y reproductiva al sistema educativo, se tendrían en cuenta la realidad y las necesidades de los grupos o sectores sociales más vulnerables, como el de las personas con discapacidad proporcionando, en todo caso, a este alumnado información y materiales accesibles, adecuados a su edad.

En consecuencia, el art. 10 establece la obligación de los poderes públicos de apoyar las actividades formativas relacionadas con la educación afectiva sexual, la prevención de infecciones de transmisión sexual y embarazos no deseados, facilitando información adecuada a los padres y las madres.

2. *La regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, despenaliza el aborto a partir de la combinación de un sistema del plazo con asesoramiento y varias indicaciones por causas médicas que se aplican durante un periodo más amplio del embarazo, más allá del plazo inicial de impunidad.

Durante el periodo inicial de impunidad de las primeras 14 semanas de gestación, la decisión sobre la interrupción del embarazo le corresponde a la mujer, sin supeditar la legalidad del aborto a ningún supuesto de legalidad excepcional definido en la ley, como sucedía en el deficiente sistema de indicaciones del art. 417 bis del CP. Es decir, la decisión de abortar le corresponde exclusivamente a la mujer embarazada, sin que ella deba descubrir las causas que la motivan a ello para justificar su decisión. Esta modalidad de aborto se denomina interrupción voluntaria del embarazo a petición de la mujer y está regulada en el art. 14.

A partir de las 14 semanas de gestación, las posibilidades de abortar se reducen de modo considerable y quedan limitadas a supuestos excepcionales de impunidad por razones médicas predeterminados en el art. 15 de esta Ley, operando al respecto un

sistema de indicaciones en sentido restringido, bajo el nombre de interrupción por causas médicas. Así, la aplicación de las indicaciones por causas médicas puede ir más allá del plazo inicial de impunidad, de modo que su finalidad es resolver posibles conflictos que puedan surgir al respecto pasado este periodo. Esta modalidad de aborto es denominada por la Ley como interrupción del embarazo por causas médicas.

Así pues, antes de superarse las 22 semanas de embarazo hay dos posibles supuestos de aborto impune: la indicación terapéutica cuando existe grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada⁴⁹¹ y la indicación embriopática cuando exista riesgo de graves anomalías en el feto.

Más allá de la semana 22 de embarazo, esta Ley configura supuestos excepcionales de aborto no punible correspondientes a situaciones muy extremas y dramáticas que evidentemente cambian las perspectivas de la maternidad. El primero se refiere a aquellos casos en que se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida, y el segundo, cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico.⁴⁹²

2.1. Los requisitos comunes de la interrupción voluntaria del embarazo

El art. 13 de la Ley 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo establece los requisitos comunes para todas las modalidades de aborto no punible, es decir, tanto para la interrupción voluntaria del embarazo a petición de la mujer regulada en el art. 14, como la interrupción del embarazo por causas médicas del art. 15.

⁴⁹¹ Se trata de la indicación terapéutica clásica, por riesgo grave para la vida o la salud de la mujer embarazada, que presenta la novedad del plazo de las 22 semanas de gestación que no había sido recogido en el sistema de indicaciones de la Ley de 1985.

⁴⁹² LAURENZO COPELLO, *Doctrina*, 2012, 100: “Se trata de supuestos extremos donde el deseo maternal se ve truncado por acontecimientos dramáticos que sólo la mujer puede gestionar, por lo que resultaría totalmente desproporcionado que el Derecho la obligara a continuar con el embarazo bajo amenaza penal. A lo que cabe añadir, en el supuesto de anomalías incompatibles con la vida –feto anencefálico o acráneo, por ejemplo, - que ni siquiera cabe hablar ya de una tutela constitucional de la total incapacidad del feto para convertirse en una “persona” hace desaparecer la dimensión que fundamenta su condición de bien jurídico amparado constitucionalmente.”

Estos requisitos son: primero, que la interrupción del embarazo se practique por un médico especialista o bajo su dirección; segundo, que el aborto se lleve a cabo en un centro sanitario público o privado acreditado al efecto; y tercero, que el aborto se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, pudiéndose prescindir del consentimiento expreso en el supuesto previsto en el artículo 9.2.b) de la referida Ley 41/2002.

a) La práctica del aborto por un médico especialista o bajo su dirección

La ejecución del aborto debe llevarla a cabo un médico “especialista” o bien debe realizarse bajo su dirección.

Sin lugar a dudas, la finalidad de este requisito es asegurar la correcta ejecución del aborto con base en la experiencia y técnica médica especializada, evitando así posibles perjuicios o daños para la salud o la vida de la mujer embarazada que se sometía a la intervención abortiva.

La exigencia de la especialidad del médico es una novedad en comparación con la anterior regulación de los requisitos generales del aborto indicado del art. 417 bis del CP, donde sólo era preciso que el aborto lo ejecutara o dirigiera un médico sin requerir especialización alguna.⁴⁹³

Si bien la Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo no establece expresamente la especialidad a la que se refiere, por deducción del anexo del RD 831/2010, de 25 de junio, de garantía de la calidad asistencial de la prestación de la interrupción voluntaria del embarazo, se puede concluir que se trata de un especialista en Ginecología y Obstetricia, ya que dicho anexo expone que el centro o establecimiento sanitario acreditado para la realización de interrupciones voluntarias del embarazo debe contar al menos con una consulta de toco-ginecología en relación al marco básico de la prestación.⁴⁹⁴

⁴⁹³ Véase supra 1ª, II, 4,1, b).

⁴⁹⁴ Al respecto el RD 831/2010, de 25 de junio, de garantía de la calidad asistencial de la prestación de la interrupción voluntaria del embarazo, en BOE núm. 155, de 26 de junio de 2010.

Es muy importante precisar que si la intervención abortiva es ejecutada bajo la dirección del médico especialista, dicha dirección profesional debe ser ejercida en todo momento, puesto que de lo contrario el ejecutor del aborto incurrirá en el delito de aborto consentido del art. 145.1 del CP.⁴⁹⁵ Téngase en cuenta que la jurisprudencia no ha dado por cumplido este requisito por el solo hecho que la clínica donde se practica el aborto esté dirigida por un ginecólogo, o cuando el médico especialista da simples instrucciones genéricas antes del inicio de la intervención abortiva sin implicarse en su realización. En este sentido la STS de 14 de diciembre de 1992, que condena al director de una clínica (un médico especialista en ginecología) como inductor del aborto practicado por un estudiante de medicina que trabajaba en este centro médico, al exigir *“la presencia física, directa y permanente del médico director, que visualizando todos y cada uno de los actos realizados por la persona que materialmente realiza el aborto, ejerce un verdadero control, específico y concreto de todas y cada una de todas las operaciones y manipulaciones a efectuar”*.

b) La ejecución del aborto en un centro sanitario acreditado al efecto

La acreditación de los centros sanitarios públicos o privados para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo al tenor de la Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, se regula en el indicado RD 831/2010, de 25 de junio, de garantía de la calidad asistencial de la interrupción voluntaria del embarazo.

El art. 4 del RD 831/2010, dispone que los centros o establecimientos públicos que cumplan con lo establecido por la Ley española del plazo, así como con los requisitos mínimos comunes contemplados en su anexo, queden automáticamente acreditados para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo. Asimismo, conviene que la autoridad sanitaria responsable acreditará cada uno de los centros o establecimientos privados que lo soliciten de conformidad con las competencias correspondientes a las comunidades autónomas, siempre y cuando cumplan con lo establecido en la Ley de

⁴⁹⁵

Dispone el art. 145. 1 del CP: *“El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años.”*

salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, y con los requisitos mínimos comunes contemplados en el mencionado anexo.⁴⁹⁶

En virtud de dicho RD, las autoridades sanitarias deben publicar y mantener actualizadas las listas de los centros acreditados para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

Con este requisito el legislador pretende evitar posibles males para la salud o para la vida de la mujer embarazada que se somete al aborto, velando por la concurrencia de ciertas condiciones sanitarias y medios adecuados para la práctica del aborto. Asimismo,

⁴⁹⁶

El anexo del RD 831/2010, establece a los efectos de lo dispuesto en el art. 4 sobre la acreditación de los centros sanitarios para la práctica de las interrupciones voluntarias del embarazo, que cuando el aborto no implique alto riesgo para la mujer embarazada y no se superen las 14 semanas de gestación, serán acreditados los centros o establecimientos que reúnan las condiciones de habitabilidad e higiene requeridas para cualquier centro sanitario, que permitan garantizar la confidencialidad y seguridad de la mujer y dispongan, como mínimo, de un espacio físico que incluya un espacio de recepción y sala de espera, una sala para información a la mujer embarazada, espacio para la exploración física y ecográfica, zona de lavado quirúrgico, una sala adecuada para la realización de la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo y una sala para el descanso y recuperación tras la misma; debiendo contar al menos con el siguiente utillaje básico, además del propio de una consulta de medicina de base: equipamiento y material necesario para realizar exploraciones ginecológicas, equipamiento y material necesario para realizar la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, ecógrafo, equipo de monitorización cardiaca, sistema adecuado de asistencia respiratoria, desfibrilador y material de reanimación cardiopulmonar, sistemas que permitan la administración de oxígeno (fijo o móvil) y sistema de mantenimiento eléctrico-. En relación al marco básico de la prestación, que cuente con una consulta de teco-ginecología: estudio y valoración por el facultativo especialista que corresponda, a efectos de dictaminar la pertinencia de la interrupción de acuerdo con los supuestos establecidos en la LO 2/2010, en función de la acreditación que se solicite: consulta propia o externa de especialista, cuando esté indicada por la sospecha o existencia de patologías concomitantes que pudieran influir en la práctica de la interrupción del embarazo; prestaciones correspondientes de anestesia y reanimación; servicio de análisis clínicos básicos propio o externo para la realización de Rh y estudio de coagulación si procede; depósitos de plasma o expansores de plasma; pruebas ecográficas pre y post interrupción voluntaria del embarazo; técnica de interrupción voluntaria del embarazo adecuada a cada situación; monitorización cardiaca sistemática; medicación indicada, según la especificidad de cada caso, incluyendo Gamma-Globulina anti-Rh si procede; recuperación post-intervención en salas acondicionadas a estos efectos, durante el tiempo preciso y los controles necesarios; seguimiento post-intervención de posibles incidencias hasta su alta definitiva; y centro hospitalario de referencia para derivación de aquellos casos que lo requieran. Del mismo modo, para la realización de interrupciones voluntarias del embarazo con alto riesgo para la embarazada o con más de 14 semanas de gestación, podrían ser acreditados los centros o establecimientos sanitarios que además de los requisitos expresados anteriormente cuenten al menos con equipamiento necesario para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo bajo cualquier modalidad de anestesia y electrocardiograma, equipo de intubación, unidad de obstetricia y ginecología, banco o depósito de sangre correspondiente y unidades de enfermería y hospitalización correspondientes.

intenta establecer un mecanismo de control de la legalidad de los abortos realizados, que además permite obtener datos estadísticos importantes.

El art. 19 de la LO 2/2010 dispone que la interrupción voluntaria del embarazo se debe realizar en centros de la red sanitaria pública o vinculados a la misma, y que, en el caso de anomalías fetales incompatibles con la vida o enfermedad extremadamente grave e incurable del feto en el momento del diagnóstico, el aborto se realizará preferentemente en centros cualificados de la red sanitaria pública.⁴⁹⁷

Al tenor de la actual regulación del aborto punible en el CP, el incumplimiento de este requisito no constituye delito de aborto sino que acarrea la responsabilidad penal del nuevo art. 145 bis del CP (incumplimiento de ciertos requisitos durante la ejecución de la interrupción del embarazo).⁴⁹⁸ Sin embargo, por disposición expresa del art. 145 bis del CP, esta responsabilidad no alcanza a la mujer embarazada.

c) El consentimiento expreso y escrito de la mujer embarazada

Como se ha señalado antes, la Ley de plazos española requiere el consentimiento expreso debidamente plasmado por escrito de la mujer embarazada, o, en su caso, de su representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. No obstante, también dispone que se podrá prescindir de dicho consentimiento, en el supuesto previsto en el art. 9.2.b) de la misma Ley 41/2002.

⁴⁹⁷

No obstante, en la práctica la mayoría de las interrupciones del embarazo se han venido practicando en clínicas privadas, en virtud de lo dispuesto por el mismo art. 19, al instaurar que si excepcionalmente el servicio público de salud no puede facilitar en tiempo la prestación abortiva, las autoridades sanitarias reconocerán a la mujer embarazada el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la prestación. Los datos estadísticos del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad sobre la evolución de la realización de las intervenciones abortivas en clínicas privadas, demuestran que en el año 2010 los abortos ejecutados en centros privados llegan al 98,16%, mientras solamente el 1,84% se realizan en hospitales públicos, coincidiendo justamente con las intervenciones de más alto riesgo por complicaciones inherentes al caso o por encontrarse la embarazada en una etapa avanzada de gestación. Véase LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 112 y sig., n. 286.

⁴⁹⁸

Es decir, no cabría acudir al delito de aborto consentido del art. 145, de modo que al ejecutor material se le castiga por el incumplimiento de este requisito con multa de 6 a 12 meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados por tiempo de 6 meses a 2 años, pudiendo el juez imponer la pena en su mitad superior.

Así, en principio es indispensable el consentimiento expreso y escrito de la propia mujer embarazada, pero en ciertos casos es necesario que el consentimiento sea prestado por el representante legal de la mujer embarazada, pudiendo incluso llegarse a prescindir de dicho consentimiento.

En primer lugar, es importante conocer los supuestos en que resulta obligatorio el consentimiento prestado por el representante legal de la mujer embarazada para autorizar el aborto. Para ello debemos atender los incisos 3, 4 y 5 del art. 9 de la mencionada Ley 41/2002, pertenecientes al consentimiento por representación.

El inciso 3 dispone que el consentimiento por representación se otorgará en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación.⁴⁹⁹ b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia (incapacitado legalmente). c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.⁵⁰⁰

El inciso 4 continúa diciendo que, en lo concerniente a los menores de edad emancipados, y de 16 y 17 años no incapacitados legalmente o que no sean incapaces

⁴⁹⁹ En cuyo caso, si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

⁵⁰⁰ En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, relativo al derecho del menor a ser oído y escuchado. Dicho artículo considera que el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. De modo que se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez la valora personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Y en cualquier caso, se considera que el menor tiene suficiente madurez cuando tenga 12 años cumplidos.

intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención sanitaria (anteriores supuestos b y c), no cabe prestar el consentimiento por representación.^{501 502}

Ahora bien, el párrafo segundo del inciso 5 viene a especificar que, a efectos de 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.⁵⁰³

En síntesis, en la actualidad se excluye expresamente la interrupción voluntaria del embarazo del conjunto de intervenciones sanitarias para las cuales, en sentido general, los incisos 3 y 4 reconocen la validez del consentimiento de los menores de edad. Y digo en la actualidad, porque como veremos más adelante, la obligación del consentimiento expreso de los representantes legales de las menores de edad para autorizar el aborto ha sido restablecida recientemente, a partir de 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 embarazo (artículo segundo), que entró en vigor el 23 septiembre 2015. Antes de esta Ley de 2015, la LO 2/2010 reconocía a las mujeres de 16 y 17 años plena capacidad para comprender el alcance de la intervención abortiva, de modo que podían consentir su propio aborto y el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les correspondía exclusivamente a ellas, de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres

501

Salvo que se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, cuyo consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

502

Hasta aquí, la Ley 41/2002 exige que el consentimiento para autorizar la intervención sanitaria lo preste el representante legal del paciente cuando este no sea capaz de tomar decisiones según el criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación; cuando haya sido incapacitado legalmente mediante sentencia; y cuando siendo menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. Asimismo, se reconoce formalmente la validez del consentimiento de los menores de edad para autorizar cualquier intervención sanitaria cuando sean capaces intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención; cuando estén emancipados; y cuando teniendo 16 y 17 años no estén incapacitados legalmente o no sean incapaces intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.

503

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 CC.

mayores de edad. Así lo disponía primeramente el art. 13, inciso cuarto de dicha Ley, el cual queda sin contenido alguno por mandato del artículo primero de la LO 11/2015.⁵⁰⁴

En segundo lugar, debemos conocer los casos en que la Ley de plazos española conviene la posibilidad de prescindir del consentimiento de la mujer embarazada para la realización de un aborto, en virtud del art. 9.2.b) de la Ley 41/2002. A saber, ante un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica de la mujer embarazada, donde la interrupción del embarazo resulta indispensable para salvaguardar su vida o su salud, el art. 9.2.b) permite a los facultativos llevar a cabo intervenciones clínicas (en este caso la intervención abortiva) sin mediar el consentimiento expreso y escrito de la mujer, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a los familiares o personas vinculadas a ella.

Se da aquí una situación especial (riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo) donde entra en juego el “consentimiento presunto”, en virtud del cual un bien jurídico amenazado (la vida o la salud física o psíquica de a embarazada), que sólo podía ser conservado a costa de otro bien jurídico del mismo titular (la vida del *nasciturus*), en circunstancias en que su titular no está en condiciones de decidir al respecto, es lesionado para salvaguardarlo. En este caso el consentimiento se presume, y en virtud de esa presunción cabe la posibilidad legítima de practicar el aborto sin incurrir en delito. Cabe precisar que el “consentimiento presunto” no supone la actuación en contra de la voluntad de la embarazada, de manera que no pueden existir datos que apunten a una voluntad contraria de la mujer embarazada (por haber manifestado su oposición al aborto). Así, la licitud del aborto queda sujeta a la inexistencia de sospecha alguna de que la embarazada no desea someterse a la interrupción del embarazo, puesto que de lo contrario, desaparecen las bases del “consentimiento presunto” y con ello el aborto se torna punible. De hecho la Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, no autoriza sin más al médico a obrar sin el consentimiento de la mujer, sino en función de lo que ella hubiera querido de haber podido mostrar su voluntad (consentimiento presunto), de manera que la voluntad importante es la de la mujer y no la de sus

504

Sin duda alguna, a partir de la Ley 11/2015 para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, la legislación española retrocede categóricamente en el reconocimiento de la validez del consentimiento de las menores de edad para autorizar su propio aborto. Véase infra 1ª, III, 5, d) y V.

familiares a quienes solamente el médico puede consultar, sin obligación de seguir sus intenciones.⁵⁰⁵

2.2. El asesoramiento previo

La presente Ley de plazos reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida, lo que implica, entre otras cosas, que las mujeres puedan tomar la decisión inicial sobre su embarazo y que la misma sea respetada. En efecto, exige que dicha decisión sea consciente y responsable, para lo cual somete a la mujer a un asesoramiento obligatorio previo al otorgamiento de su consentimiento para la interrupción de la gestación.

El art. 17 de esta Ley es el encargado de regular dicho asesoramiento previo, determinando la información que debe recibir la mujer antes de otorgar su consentimiento para interrumpir su gestación en cada caso concreto, pues este artículo establece diferentes tipos de información que se le debe ofrecer a la mujer embarazada antes de la interrupción del embarazo, pero que por su propia naturaleza responden a razones jurídicas distintas, de modo que no siempre los defectos en el otorgamiento de dicha información invalidan el consentimiento otorgado por la mujer.

Así, la mujer adoptará la decisión final sobre su embarazo tras haber sido informada de todas las prestaciones, ayudas y derechos a los que puede acceder si desea continuar con el embarazo, de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales derivadas de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, así como de la posibilidad de recibir asesoramiento antes y después de la intervención.

505

LAURENZO COPELLO, *Doctrina*, 2012, 114: “Como se ve, no se trata sin más de una autorización legal para obrar sin el consentimiento de la mujer, sino en función de lo que ella hubiera querido de haber podido mostrar su voluntad (consentimiento presunto), una voluntad que razonablemente se presume favorable a la salvación de su propia integridad física o psíquica. En consecuencia, si existieran razones fundadas y concluyentes que apunten en la dirección contraria, esto es, que la mujer no consentiría la práctica del aborto si pudiera expresarse, este no quedaría justificado por el consentimiento presunto, y por tanto, la conducta se tornaría delictiva. Sin embargo, 2 salvedades son importantes. Primera, que en todo caso se debe estar a un juicio de probabilidad *ex ante*, de modo tal que si nada hace pensar en una oposición de la mujer en el momento de practicar la intervención, la conducta quedaría justificada aún cuando posteriormente ella exprese otra opinión. Segunda, que la voluntad relevante es la de la mujer y no la de sus familiares o allegados, lo que significa que la mera oposición de estos no será suficiente para invalidar la decisión del médico ejecutor de realizar el aborto. Su obligación es consultarlos, si puede hacerlo, pero no seguir sus designios. Solo los datos concluyentes que puedan aportar sobre la voluntad contrario de la mujer serían relevantes para construir su voluntad presunta y actuar en consecuencia.”

Al mismo tiempo, la Ley exige la claridad y objetividad de la información ofrecida durante el asesoramiento, imponiendo condiciones para que ésta se ofrezca en un ámbito y de un modo exento de presión para la mujer. Así lo dispone el inciso 5 del mismo art. 17, al indicar que la información prevista en este precepto será clara, objetiva y comprensible; en el caso de las personas con discapacidad, señala que se proporcionará en formatos y medios accesibles, adecuados a sus necesidades; además de disponer que, en la documentación entregada, se comunicará que dicha información podrá ser ofrecida también verbalmente, si la mujer lo solicita.

a) Información común para todos los supuestos de interrupción del embarazo

En primer lugar, la información del inciso 1 del art. 17, va dirigida a todas las mujeres que manifiesten su intención de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo.

Esta información versa 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 la mujer para abortar, los trámites a seguir para acceder a la prestación abortiva, así como las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente. Manifiestamente, esta información está vinculada a la garantía de acceso a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo regulada en el art. 12 de la misma Ley 2/2010, que avala las condiciones más favorables para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación.

En segundo lugar, el inciso 4 del art. 17 de la Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, señala que en todos los supuestos, y antes de obtener el consentimiento escrito de la mujer embarazada para la realización del aborto, habrá de informarla en los términos de los artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y específicamente sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo.

En este caso se trata de información dirigida al cumplimiento de ciertos requisitos generales relativos al derecho a la información asistencial de los pacientes con motivo de

cualquier actuación en el ámbito de su salud. Se busca así que finalmente el consentimiento de la mujer embarazada resulte válido.

El art. 4 de la Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, otorga a los pacientes el derecho a conocer toda la información disponible sobre la intervención médica y como mínimo, sobre la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

Por su parte, el art. 10 de la Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece la obligación del facultativo de proporcionar al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, cierta información básica relativa a las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad, los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y las contraindicaciones de la misma.⁵⁰⁶

b) Información en caso de la interrupción del embarazo a petición de la mujer

El inciso 2 del art. 17, determina la información que debe recibir la mujer embarazada cuando opte por la interrupción del embarazo regulada en el artículo 14 de esta misma Ley, o sea, la interrupción del embarazo libre a petición de la mujer embarazada.

En este supuesto las mujeres recibirán, además de la información común para todas las interrupciones del embarazo descrita anteriormente, información sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad. Dispone textualmente el inciso 2 del art. 17:

“En los casos en que las mujeres opten por la interrupción del embarazo regulada en el artículo 14, recibirán, además, un sobre cerrado que contendrá información sobre:

⁵⁰⁶

LAURENZO COPELLO considera que las consecuencias médicas y psicológicas resultan redundantes al estar ya comprendidas en la regulación general del consentimiento informado de la Ley 41/2002, mientras que la obligación de informarla sobre las consecuencias sociales del aborto o de la continuación del embarazo resulta excesiva al imponerse a un profesional de la medicina la obligación de informarle a su paciente sobre cuestiones que iban más allá de su ámbito profesional. Al respecto LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 115.

a) *Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto.*

b) *Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento.*

c) *Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro.*

d) *Datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo.”*

Según dispone este mismo inciso, esta información deberá ser entregada en cualquier centro sanitario público o bien en los centros acreditados para la interrupción voluntaria del embarazo. La entrega deberá hacerse personalmente a la mujer embarazada en un sobre cerrado, junto con un documento adherido al sobre (que pueda separarse), donde se haga constar la fecha de la entrega, así como una nota en caracteres suficientemente legibles del siguiente tenor literal: “La información contenida en este sobre puede ser ofrecida, además, verbalmente, si se solicita. Artículo 17.5 de la Ley Orgánica 2/2010.” Así lo dispone el art. 5 del RD 825/2010. Asimismo, este inciso señala que la elaboración, contenidos y formato de esta información será determinada reglamentariamente por el Gobierno.⁵⁰⁷

c) Información en caso de la interrupción del embarazo por riesgo de graves anomalías en el feto cuando no se superen las 22 semanas de gestación

El inciso 3 del art. 17 de la Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, establece la información que debe recibir la mujer cuando desee interrumpir el embarazo por causas médicas en el supuesto previsto en la letra b del art. 15 de esta Ley, es decir, cuando sin superarse las 22 semanas de gestación, exista riesgo de graves anomalías en el feto.

⁵⁰⁷

Como veremos más adelante, a partir de esta Ley se crea el art. 145 bis del CP, cuyo inciso a castiga a quien practique un aborto sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad a que se ha hecho alusión aquí. Véase infra 1ª, III, 3, e).

En este caso la mujer recibirá además de la información común para todos los supuestos de interrupción del embarazo, información por escrito sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, así como la red de organizaciones sociales de asistencia social a estas personas.

2.3. La interrupción voluntaria del embarazado a petición de la mujer

La interrupción voluntaria del embarazo a petición de la mujer se encuentra regulada en el art. 14 de la Ley, que textualmente dice:

“Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurran los requisitos siguientes:

a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley.

b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención.

a) El modelo del plazo con asesoramiento

La interrupción voluntaria del embarazo a petición de la mujer del art. 14 se rige por el modelo del plazo con asesoramiento, en tanto reconoce la autonomía de la mujer para decidir sobre la interrupción de su embarazo durante el plazo inicial de impunidad, pero estableciéndose ciertos requisitos circunstanciales (incisos a y b del art. 14) con los que el legislador pretende determinar las condiciones idóneas para que la mujer adopte una decisión informada, responsable y meditada, a partir de un periodo de asesoramiento obligatorio y previo a la toma de la decisión sobre el aborto.

Así, se le otorga la decisión libre sobre la interrupción del embarazo a la mujer embarazada sin que tenga que explicar las razones que la motivan a recurrir a dicha interrupción, pero sometiéndola a un asesoramiento previo por medio del cual se pretende

una decisión responsable y la tutela preventiva de la vida humana en formación en el momento inicial de la gestación (14 primeras semanas).⁵⁰⁸

b) Los requisitos específicos de la interrupción del embarazo a petición de la mujer

De la lectura del art. 14 de la Ley de plazos podemos destacar varios requisitos específicos de la interrupción voluntaria del embarazo a petición de la mujer embarazada: como que el aborto se realice dentro del plazo inicial de impunidad; que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos de los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta misma Ley; y que haya transcurrido un plazo de al menos 3 días desde la entrega de la información y la realización de la intervención abortiva.

➤Que el aborto se realice dentro del plazo inicial de impunidad

El principal requisito del aborto a petición de la mujer es que la interrupción del embarazo se realice dentro del plazo inicial de impunidad, que según el art. 14 será durante las primeras 14 semanas de gestación.

Este plazo determina el periodo de tiempo durante el cual la mujer puede interrumpir la gestación de manera legal y autónoma, en tanto durante el mismo la mujer embarazada que desea abortar no debe explicar las razones que la llevan a tomar la decisión de interrumpir el embarazo.

➤Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos de los apartados 2 y 4 del artículo 17 de la LO 2/2010

Si bien durante el plazo inicial de impunidad del art. 14 (primeras 14 semanas de embarazo) la mujer no debe explicar las razones que la llevan a tomar la decisión de interrumpir el embarazo, la Ley de plazos prevé, en los incisos a y b del mismo art. 14, la obligación del asesoramiento previo a la mujer embarazada para informarla sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que

⁵⁰⁸

No se renuncia de modo general a la tutela de la vida del *nasciturus* durante el periodo inicial de impunidad, en tanto, mediante el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres (otorgamiento de la decisión final a la mujer) y la creación de prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad y el asesoramiento, el Estado procura favorecer la continuación del embarazo y cumplir con el mandato constitucional de tutela de la vida humana en formación que establecía la STC 53/1985. Véase infra 1ª, III, 5.2.

se establecen en los apartados 2 y 4 del art. 17 de esta misma Ley, pretendiendo garantizar así una decisión responsable, meditada e informada de la mujer.

Por tanto, la legalidad de la interrupción del embarazo a petición de la mujer estará supeditada al sometimiento previo de la mujer al asesoramiento dispuesto anteriormente.

➤Que haya transcurrido el plazo de reflexión entre la entrega de la información y la realización de la intervención abortiva

Otro requisito de la interrupción voluntaria del embarazo a petición de la mujer es que haya transcurrido un plazo de al menos 3 días, desde la fecha de entrega de la información relativa al requisito anterior, y la fecha de realización de la intervención abortiva.

Se trata de un plazo de reflexión o deliberación que se le concede a la mujer embarazada con la finalidad de que considere toda la información recibida durante el asesoramiento previo antes de tomar la decisión final sobre el aborto, garantizándose así una decisión responsable y meditada, que en definitiva permite evitar abortos precipitados.^{509 510}

509

Este plazo es habitual en el Derecho comparado, comportando la misma finalidad, esta es, evitar abortos precipitados, sin suponerle una carga desmedida a la mujer. Por ejemplo en Alemania y Portugal este plazo es igualmente de 3 días de duración, mientras que en Italia llega a extenderse a 7 días, salvo en casos de urgencia. Véase LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 126, n. 316.

510

Cabe precisar que en la interrupción del embarazo a petición de la mujer, además de ser necesaria la superación del plazo de deliberación que nos ocupa (3 días), también es necesario que la intervención abortiva se realice dentro del plazo inicial de impunidad de las primeras 14 semanas de gestación. Cuando cumplir con el plazo de reflexión de los 3 días suponga el vencimiento del plazo inicial de impunidad (14 semanas) y el impidiendo a la mujer de someterse a un aborto legal, cabe considerar la eximente genérica del estado de necesidad, en tanto se produce un conflicto de intereses entre la libertad de la mujer para decidir interrumpir legalmente su embarazo y el interés del Estado por favorecer la continuación del mismo: un conflicto que atendiendo las consideraciones de la legislación española sobre el aborto, debería resolverse favor de la libertad de la mujer, quedando la conducta del médico ejecutor amparada por la causa de justificación del estado de necesidad (aunque en principio suponga la responsabilidad penal indicada en el art. 145 bis del CP). En este sentido LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 56 y 126.

2.4. La interrupción voluntaria del embarazado por causas médicas

El art. 15 de la Ley de plazos regula la interrupción voluntaria del embarazo por causas médicas. Este precepto establece literalmente:

“Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.

b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.”

a) El modelo de indicaciones

El reproducido art. 15 establece en sus incisos a, b y c supuestos excepcionales de aborto legal cuya aplicación va más allá del plazo inicial de impunidad de las 14 primeras semanas de gestación. Estos supuestos de legalidad del aborto se rigen por las normas del sistema de indicaciones, de manera que deben darse todas las circunstancias y cumplirse todos los requisitos preestablecidos por esta Ley para cada caso concreto.

Aquí, el sistema del plazo con asesoramiento (concerniente al art. 14) se complementa con un catálogo de indicaciones por causas médicas que vienen a solucionar situaciones extremas que pudieran surgir después de la semana 14 del embarazo, y que incluso pueden entorpecer la voluntad de la mujer embarazada de ejercer la maternidad. De ahí que las circunstancias médicas dispuestas en el art. 15 recojan problemas médicos muy serios del feto, que producen auténticos conflictos de

intereses entre la vida del *nasciturus* y los derechos o intereses propios de la mujer embarazada más allá del plazo de impunidad de las 14 semanas de gestación.⁵¹¹

Como veremos a continuación, el art. 15 no utiliza la denominación indicación terapéutica o indicación embriopática para diferenciar los supuestos de aborto por causas médicas indicados en sus incisos a), b) y c). Del mismo modo, ninguno de los supuestos de impunidad allí recogidos se corresponde con exactitud al contenido del catálogo de las indicaciones del derogado art. 417 bis del CP. No obstante, para hacer más fácil el estudio de las situaciones fácticas que forman el catálogo de las indicaciones de la nueva Ley de plazos, se recurre a aquellos términos (indicación terapéutica e indicación embriopática).

➤La indicación terapéutica

El inciso a) del art. 15 recoge la indicación terapéutica. Se prevé así, de manera excepcional, la opción de interrumpir el embarazo dentro de las 22 primeras semanas de gestación, cuando exista riesgo grave para la vida o la salud de la mujer embarazada. Para ello es necesario que dicho riesgo conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención abortiva, por un médico especialista distinto del que practique o dirija el aborto, pudiéndose, en caso de urgencia, prescindir de este dictamen.

Por tanto, existen tres requisitos específicos de la indicación terapéutica: que el aborto se practique dentro de las 22 primeras semanas de gestación; que exista un riesgo grave para la vida o la salud de la mujer embarazada; y que el riesgo grave para la salud o la vida de la mujer embarazada conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención abortiva por un médico especialista distinto del que practique o dirija el aborto.

511

LAURENZO COPELLO, *Doctrina*, 2012, 126: “Como se deduce del propio texto legal, se produce aquí un giro sustancial en la valoración de los intereses en juego, de modo tal que una vez transcurridas las primeras semanas – en las que prevalece de forma general la autonomía de la mujer- los términos de la ponderación se invierten y adquiere preeminencia la vida prenatal. Ello da lugar al principio general de punición del aborto consentido (art. 145 CP) con la sola excepción de una serie de situaciones concretas de conflicto grave en las que la vida prenatal cede frente a determinados bienes esenciales de la embarazada –vida, salud o libertad-.

i. La práctica de la interrupción voluntaria del embarazo dentro del plazo de las 22 primeras semanas de gestación

La legalidad del aborto terapéutico al tenor de la nueva Ley de plazos, requiere en primer lugar que la interrupción del embarazo se practique dentro del plazo de las 22 primeras semanas de gestación.

Exceptuando el plazo de las primeras 22 semanas de gestación que establece la nueva Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo para la realización del aborto terapéutico, estamos ante la tradicional indicación terapéutica recogida tal cual en el antiguo art. 417 bis del CP. Es decir, el plazo de ejecución del aborto dentro de las primeras 22 semanas de gestación, a efectos de la indicación terapéutica, es una primicia de la LO 2/2010, en tanto el derogado art. 417 bis del CP no lo había contemplado, aunque si lo había hecho respecto a la indicación embriopática.⁵¹²

Este plazo de 22 semanas de gestación coincide con el criterio médico de viabilidad fetal, que es el momento a partir del cual puede provocarse un parto inducido con posibilidad de supervivencia del recién nacido, siendo ésta sin lugar a dudas la razón de ser de dicho plazo. De ahí que, a partir de la semana 22 de gestación, en vez de ejecutarse el aborto siempre se deberá inducir el parto ante la posibilidad de supervivencia del recién nacido, sin que sea necesario sacrificar ninguno de los bienes jurídicos en conflicto (vida del *nasciturus* versus vida o salud de la mujer embarazada). En consecuencia, es obligatorio que el grave riesgo para la vida o la salud de la mujer embarazada no pueda eliminarse de otra forma que no sea mediante la ejecución del aborto, constituyendo este el presupuesto material indispensable de esta indicación.

ii. La existencia de un riesgo grave para la vida o la salud de la mujer embarazada

En segundo lugar, la legalidad del aborto terapéutico depende de la existencia de un riesgo grave para la vida o la salud de la mujer embarazada.

La LO 2/2010 no distingue entre salud física y psíquica de la mujer embarazada, como sí lo hacía la indicación terapéutica del antiguo art. 417 del CP. Mejor aún, el art. 2 de la LO 2/2010 introduce la definición amplia de salud de la OMS, que había sido

⁵¹² Véase supra 1ª, II, 4.2, a).

utilizada por las clínicas privadas durante la vigencia del sistema de indicaciones, en su interpretación amplia del supuesto de peligro para la salud psíquica de la embarazada, con la finalidad de suplir la ausencia del “cuarto supuesto” en el catálogo de las indicaciones, lo que había convertido a la indicación terapéutica en una indicación socioeconómica “encubierta”. Por tanto, cuando se indica que debe existir un riesgo grave para la salud, se está haciendo referencia a la salud como “estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la afección de enfermedades”.

La gravedad del riesgo para la vida o la salud de la mujer embarazada a que hace referencia esta indicación, debe entenderse como una dificultad seria, que debe comportar un peligro importante con probabilidad trascendental de daño, que deberá estar fundada en conocimientos médicos vigentes, no bastando cualquier peligro pasajero o indeterminado.^{513 514}

Sin embargo, cuando se trate del riesgo grave para la salud de la mujer, lo que realmente se exige es la posibilidad de que se produzca el daño y no su efectiva producción, pudiendo existir o no el daño al momento del diagnóstico, en tanto, para la concurrencia de esta indicación no es precisa la existencia presente del deterioro de la salud sino que basta con la presencia del peligro serio y fundado de que en el futuro se produciría tal menoscabo a consecuencia de la continuación del embarazo, ya sea que el daño pueda producirse en algún momento del embarazo, al momento del parto o incluso con posterioridad al nacimiento.⁵¹⁵

513

El pronóstico debía ser serio porque tenía que referirse a un “peligro de disminución importante de la salud con permanencia en el tiempo”, debiendo además ser competentemente fundado en conocimientos médicos vigentes, no bastando cualquier alteración psíquica leve o pasajera. En este sentido la STC 53/1985, (FJ 10) que decía: “es preciso que exista un peligro de disminución importante de la salud con permanencia en el tiempo, todo ello según los conocimientos de la ciencia médica en cada momento”.

514

LAURENZO COPELLO entiende que cuando se trata de la vida de la mujer embarazada, la entidad del mal amenazante lógicamente está fuera de duda. Véase LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 128.

515

No tiene sentido lo sugerido por HIGUERA GUIMERÁ, al apuntar que el legislador intenta introducir de forma sigilosa en la LO 2/2010 una indicación social de amplio alcance, porque no cualquier peligro para la salud permite la interrupción del embarazo al tenor de esta indicación, sino que es necesario un peligro grave de daño importante y con permanencia en el tiempo, sin que una simple desilusión que afecte levemente el bienestar social de la mujer pueda justificar nunca la práctica de un aborto legal bajo el patrocinio de esta indicación. En este sentido HIGUERA GUIMERÁ, *Las propuestas de introducción de la “solución del plazo” con indicaciones en el delito de aborto: sus problemas constitucionales*, en RGDP, núm. 11, 2009, 24 y sig. Además, como defiende LAURENZO COPELLO, no

iii. El dictamen emitido con anterioridad a la intervención abortiva por un médico especialista distinto de aquel que realice el aborto o bajo cuya dirección se practique el mismo

Otro requisito específico de la indicación terapéutica es el dictamen emitido con anterioridad a la intervención abortiva por un médico especialista distinto de aquel que realice el aborto o bajo cuya dirección se practique el mismo.

Sin lugar a dudas, este requisito tiene por objeto acreditar la efectiva concurrencia del riesgo grave para la vida o la salud de la mujer embarazada.

La especialidad del médico que debe emitir el dictamen debe ser aquella concerniente al riesgo grave al que se hace alusión en cada caso concreto, de manera que se vincula la especialidad médica al peligro alegado. Cuando se trata de un riesgo grave para la salud psíquica de la embarazada, el informe debe ser emitido por un psiquiatra y no por un psicólogo, porque como claramente lo indica el art. 15 inciso a, este debe realizarlo un médico, condición que en esta materia ostenta el psiquiatra pero no así el psicólogo, de manera que la expresa referencia de este artículo no deja margen para que el dictamen lo pudiese emitir otro profesional de otras especialidades que matizan la medicina, cuestión con la que los tribunales fueron tajantes durante la vigencia del sistema de indicaciones.⁵¹⁶ Por tanto, el médico especialista debía ser el facultativo especializado en la dolencia que daba origen al riesgo grave para la vida o la salud.

También es importante la forma de realizar el dictamen y su contenido, toda vez que es necesario que el mismo especifique las circunstancias determinantes del grave riesgo para la salud o la vida de la mujer, así como las razones que hacen necesaria la interrupción del embarazo.⁵¹⁷

hace falta encubrir una indicación social en este sentido, porque la mujer puede decidir sobre su embarazo sin necesidad de alegar causa alguna durante las primeras 14 semanas de gestación. Véase LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012,128.

516

En ese sentido véase supra 1ª, II, 5.2.

517

Recuérdese la jurisprudencia que en casos de aborto terapéutico por riesgo para la salud psíquica de la embarazada, cuando el dictamen médico era emitido por un psiquiatra, rechaza de plano todos los dictámenes que se limitan a describir los síntomas que sufre la paciente, y en su defecto, requiere un detalle completo de las circunstancias determinantes del peligro y de la necesidad del aborto, obliquando a analizar en profundidad (antecedentes, sintomatología, consecuencias médicas, etc.) el grave riesgo para la salud psíquica de la

Como es conocido, el art. 145 bis del CP castiga con multa e inhabilitación especial al que dentro de los casos contemplados en esta Ley, practique un aborto sin contar con los dictámenes previos preceptivos. De manera que la ausencia del dictamen médico del especialista no convierte automáticamente en ilegal el aborto, siempre y cuando sea posible probar por otros medios la efectiva concurrencia del grave riesgo para la salud o la vida de la mujer embarazada en el momento de la práctica del mismo, y concurren los demás requisitos comunes y específicos determinados por la Ley para esta indicación. De esta manera, el aborto seguirá estando contemplado dentro del supuesto de impunidad de la indicación terapéutica, pero el médico ejecutor responderá penalmente por tal conducta.⁵¹⁸

En virtud del principio de confianza que opera en la ciencia de la medicina, relativo a la buena fe en el ejercicio de la profesión, según el cual los médicos deben confiar en la veracidad de los diagnósticos emitidos por otros colegas, la jurisprudencia más reciente ha entendido que no se puede requerir a ningún médico que vuelva a valorar al paciente o que corrobore la veracidad del contenido de un dictamen médico emitido por otro médico; como sí lo hacían algunas sentencias anteriores.⁵¹⁹ Por ende, el deber del médico ejecutor se limita a comprobar la concurrencia de las formalidades legales del dictamen, es decir, que sea anterior a la intervención abortiva; que se haya emitido por un médico de la especialista correspondiente al peligro alegado, y distinto de quien ejecuta o dirige el aborto; y que especifique las circunstancias determinantes del grave riesgo para la salud o la vida de la mujer, así como las razones que hacen necesaria la interrupción del embarazo.⁵²⁰ Dicho esto, no incurrirá en la responsabilidad penal del art. 145 bis del CP, el médico que ejecute o dirija un aborto con base en un dictamen que resulte falso en su

embarazada, de modo que la simple enunciación de la angustia, ansiedad, insomnio y demás sufrimientos o síntomas de la embarazada, no fueron aceptados como suficientes para justificar el aborto. Véase supra 1ª, II, 5.2. Del mismo modo la jurisprudencia rechaza las entrevistas breves que algunos centros acreditados para la interrupción del embarazo realizan antes de la práctica de la intervención abortiva. lo que no es lo mismo que el llamado “Test de Hamilton”, que en ocasiones se utiliza como base del dictamen y que consiste en un examen consignado para detectar la existencia y gravedad de una posible depresión sufrida por la mujer, a raíz de un embarazo no deseado. que en cualquier caso, también deberá cumplir con el deber de fundamentar el informe correspondiente en el sentido indicado.

518

Véase infra 1ª, III, 3, e).

519

En este sentido la STS de 1 de abril de 1998.

520

Véase la STS de 13 de noviembre de 2013.

contenido, siempre y cuando dicho médico haya comprobado que el dictamen cumple con todas las exigencias legales indicadas anteriormente.

Es más, cuando el contenido del dictamen que sirve como base a la indicación terapéutica es falso, estará ausente el presupuesto material exigido en esta indicación, relativo al grave riesgo para la vida o la salud de la mujer embarazada, de manera que el aborto es antijurídico en virtud del art. 145.1 del CP, que castiga el aborto con consentimiento de la mujer embarazada fuera de los casos permitidos por la Ley.^{521 522}

Finalmente, el art. 15 inciso a establece que en caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, se podrá prescindir del dictamen médico, rotundamente, cuando se trate de una situación de urgencia donde corre peligro la vida de la mujer embarazada, en cuyo caso lo importante es salvar esa vida sin perder tiempo en el cumplimiento de requisitos formales que podrían hacer que aumente el peligro de muerte, máxime cuando la existencia del grave riesgo para la vida de la mujer puede demostrarse posteriormente, si hiciera falta.

➤La indicación embriopática

La LO 2/2010 crea una indicación embriopática constituida por diversos supuestos de impunidad, con características y exigencias distintas a las mostradas anteriormente por

521

En este sentido la STS de 13 de noviembre de 2013. LAURENZO COPELLO entiende que cuando el médico ejecutor desconocía la falsedad de ese dictamen, quedará exento de pena al concurrir en él un error de prohibición invencible. Véase LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 131.

522

En sentido contrario CUERDA ARNAU, quien considera cumplida la indicación terapéutica, con base en una valoración *ex ante* de la concurrencia de sus requisitos; porque cree que una situación objetiva no puede ser lícita y antijurídica a la vez en función de la perspectiva desde la que se observe, ya que el riesgo para la salud existe o no existe conforme a las circunstancias concurrentes en el momento del hecho (que es la base de la perspectiva *ex ante*) y no a la visión de los intervinientes; no debiendo descartar la posibilidad de imputar el aborto al autor del dictamen, en autoría mediata si lo hace para engañar al médico y conseguir así la ejecución de aborto. Véase CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 119. Dado que en el caso que nos ocupa partimos del hecho de que el médico actúa con la máxima diligencia, de buena fe y confiando en la existencia del grave riesgo para la salud o la vida de la mujer embarazada (diagnosticado por otro médico), de manera tal que las circunstancias del caso concreto no evidencian la falsedad del diagnóstico, entiendo que sin lugar a dudas se dan los presupuestos del error de prohibición invencible en tanto el médico no tenía la conciencia de que realizaba una conducta típica, en la que había incurrido cualquier persona incluso prestando la máxima atención posible; y por tanto no puede tenerse por cumplida la indicación terapéutica, por no existir el presupuesto material de la indicación relativo al grave riesgo para la vida o la salud de la mujer embarazada.

el derogado art. 417 bis del CP, que había sistematizado una indicación embriopática integral donde en un solo apartado se requería la presunción de que el feto habría de nacer con graves taras físicas o psíquicas.

Así, los incisos b y c del art. 15 de la LO 2/2010, recogen de manera separada los supuestos de impunidad que integran la indicación embriopática. Dichos supuestos comportan 3 situaciones fácticas diferentes: el diagnóstico de riesgo de graves anomalías del feto cuando no se haya superado las 22 semanas de gestación; la detección de anomalías fetales incompatibles con la vida en cualquier momento del embarazo; y la detección de manera tardía, al momento del diagnóstico, de enfermedades extremadamente graves e incurables del feto.

La Ley de plazos española no distingue entre anomalías fetales físicas y psíquicas, como sí lo hacía el art. 417 bis del CP, por ende, se pueden entender abarcadas en todos los supuestos de impunidad tanto las anomalías físicas como las psíquicas.

Del mismo modo, esta Ley no especifica si las anomalías y enfermedades del feto a que hace referencia esta indicación pueden ser hereditarias o no, con lo cual igualmente pueden entenderse incluidas tanto afecciones de carácter genético (hereditario) como embriopático (adquirido durante el embarazo a través de la madre) que determinen anomalías fetales incompatibles con la vida o enfermedades extremadamente graves e incurables del feto no evitables en el niño si llegara a nacer, o en su caso, con probabilidad suficiente de aparición en algún momento del embarazo o incluso después del nacimiento.

Ahora veamos las circunstancias y requisitos específicos de los diferentes supuestos de impunidad recogidos por la indicación embriopática de la Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

iv. El diagnóstico de riesgo de graves anomalías en el feto durante las primeras veintidós semanas de gestación

Según el inciso b del art. 15, sin superarse las 22 semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto, se puede interrumpir el embarazo legalmente.

Primeramente, se requiere que no se superen las 22 semanas de gestación para realizar la interrupción del embarazo con base en este supuesto de impunidad.

A efectos de esta indicación, este plazo ya había sido recogido en el anterior art. 417 bis del CP, debido a necesidades médicas para la fiabilidad de los diagnósticos destinados a detectar las anomalías en el feto, donde se requiere cierta madurez del mismo. Por ejemplo, la amniocentesis, que es el análisis que diagnostica o descarta problemas genéticos del bebé como el Síndrome de Down, defectos del tubo neural (hidrocefalia, espina bífida), infección del amnios u otras posibles complicaciones, que sólo puede realizarse entre la semana 15 y 18 del embarazo y su resultado demora 15 días aproximadamente.

Para que tenga lugar la aplicación de este supuesto de impunidad, no es preciso que las anomalías graves del feto, a las que se hace referencia, existan al momento del diagnóstico, sino que es suficiente la presencia del riesgo de que las mismas puedan aparecer durante el embarazo o incluso después del nacimiento, bastando la probabilidad seria y fundada del riesgo de su aparición. Es decir, puede haberse detectado la existencia presente de la anomalía grave, o bien, el simple diagnóstico de un riesgo de que esa anomalía grave aparezca durante el embarazo, al momento del nacimiento o incluso después del nacimiento.

Por tanto, el valor de la seguridad del diagnóstico de las anomalías graves futuras está expresado aquí en la referencia al “riesgo” de que el feto haya de presentarlas en algún momento. Eso sí, requiriéndose un alto nivel de probabilidad de la presencia futura de esas anomalías, lo suficientemente alto para que permita creer que la misma será segura.

Las anomalías fetales deben ser “graves”, de modo que afecten significativamente las capacidades del futuro niño de manera persistente en el tiempo,⁵²³ suponiendo una sobrecarga emocional, física y económica para la madre, hasta el punto de comprometer seriamente su libertad; una gravedad que viene determinada por las consecuencias en el estado físico y psicológico del futuro niño, y sobre todo, en la gravosidad que tal estado del niño haría nacer para la madre o en su caso para la familia.^{524 525}

523

LAURENZO COPELLO, *Doctrina*, 2012,135: “El concepto de anomalía fetal y la valoración de su gravedad corresponden a la ciencia médica y el Derecho penal no puede más que respetarlo.”

524

Justamente este criterio es el fundamento jurídico de la interrupción del embarazo al tenor de este supuesto de impunidad: la carga emocional, personal e incluso económica que supone la maternidad en aquellos casos en que el

Para garantizar la gravedad de las anomalías a que hace referencia este supuesto, y evitar la ejecución de abortos gratuitos, la Ley establece el requisito del dictamen emitido con anterioridad a la realización de la interrupción del embarazo,⁵²⁶ por dos médicos especialistas distintos del que ejecute o dirija el aborto. En este caso el dictamen deberá ir acompañado de las pruebas diagnósticas que lo fundamenten en virtud del art. 7 del RD 831/2010, relativo a la emisión de dictámenes preceptivos.

Al tratarse de un dictamen único, realizado y firmado por dos especialistas, será necesario un acuerdo entre ambos sobre el contenido del informe (las circunstancias determinantes del riesgo de anomalía fetal o de su existencia y de las razones que hacen necesaria la interrupción del embarazo).

Una vez más, la Ley no especifica la especialidad de los médicos que deben realizar el dictamen,⁵²⁷ pero pareciera razonable que deban ser médicos especializados en diagnóstico prenatal. Sin embargo, también deberían ser válidos los informes elaborados por otra clase de especialistas que posean los conocimientos técnicos necesarios para la

hijo o hija padece graves limitaciones físicas o psíquicas o una enfermedad grave e incurable, lo que evidentemente repercute en la vida futura de la madre y directamente sobre su libertad, toda vez que su proyecto de vida se ve seriamente comprometido. Por tanto, se presenta un conflicto de intereses entre la vida del *nasciturus* y la libertad de la mujer, que el Derecho resuelve mediante el respeto preponderante de la libertad de la madre reconociéndola autonomía para decidir en una última instancia sobre un asunto que compromete considerablemente su proyecto de vida. En virtud de este fundamento jurídico, no es preciso que se determine un catálogo de las anomalías fetales que podían dar lugar a este supuesto, como tampoco se prevé en el Derecho comparado.

⁵²⁵

Este supuesto no ofrece a la mujer embarazada ni a la sociedad la libertad de decidir sobre el valor vital y los mínimos biológicos de un ser humano, poniendo en grave peligro la valoración y protección de la vida humana, sino que por el contrario fortalece la protección de la libertad de la mujer ante una situación difícil en la que se ve seriamente comprometida, otorgándole la posibilidad de decidir libremente no continuar con un embarazo que le supondrá una durísima complicación incluso de por vida. De manera que no se trata de una posibilidad incuestionable o impuesta a la mujer, sino que, una vez comprobado el riesgo de anomalías graves, la embarazada tiene la opción de acoerse o no, voluntariamente, al aborto impune, evidenciándose que lo que el legislador pretende es ahorrarle a la embarazada y a su familia una existencia gravosa, poco digna de ser vivida, por suponer una dura carga emocional y de condicionamiento vital para la madre y su familia, ante un claro conflicto de intereses entre el bien jurídico de la vida del *nasciturus* y la libertad de la mujer, donde se pretende también proteger la salud psíquica y física de la mujer que se vería seriamente afectada ante tal situación futura. En este sentido Díez RIPOLLÉS, La reforma del delito de aborto, en Comentarios a la legislación penal, t. IX, 1989, 139 y sigs.

⁵²⁶

Claramente, el dictamen debe ser anterior a la práctica del aborto, por disposición expresa del art. 15.

⁵²⁷

Como sucedía con el sistema de indicaciones del derogado art. 417 bis del CP.

realización de este tipo de diagnósticos, o que estén especializados en la materia concerniente a la anomalía descrita en el informe.⁵²⁸

La Ley tampoco detalla nada sobre los errores en las pruebas diagnósticas que determinan el riesgo o la existencia de una anomalía fetal grave, con base en los cuales los médicos especialistas realizan el dictamen que sirve de base a la interrupción del embarazo. En este caso, el médico que ejecuta el aborto, que habrá actuado de buena fe y confiando en el diagnóstico de sus colegas especialistas en las enfermedades precisadas, habrá incurrido en un error de prohibición invencible, siempre y cuando no hayan existido motivos o elementos que pudieran haberle hecho dudar del error de las pruebas de diagnóstico. Así, los médicos especialistas que realizan el dictamen equivocado, sólo responderán civilmente por los daños y perjuicios ocasionados a la mujer embarazada y a su familia, en tanto realizaron un informe con base en pruebas diagnósticas que generaron una información suficiente para concluir que existía riesgo de anomalía o la anomalía en sí misma, y que por cuestiones ajenas a su voluntad resultó no ser así, entrando en juego el margen de error de las pruebas diagnósticas que opera en la ciencia de la medicina.⁵²⁹

v. La detección de anomalías fetales incompatibles con la vida en cualquier momento del embarazo

En virtud del art. 15, inciso c, el aborto está permitido en cualquier momento del embarazo cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida.

En este caso la mujer podrá optar por una interrupción legal del embarazo incluso superado el plazo de las 22 semanas de gestación a que se ha hecho referencia en el supuesto de riesgo de anomalías graves o de presencia de las mismas.

Si bien la Ley de plazos española no define la anomalía fetal incompatible con la vida, la Sociedad Española de Ginecología se ha pronunciado definiéndola como “aquella anomalía que, previsiblemente y habitualmente, se asocia con la muerte del feto o del

⁵²⁸ De esta opinión LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 135.

⁵²⁹ En este sentido véase LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 135. Asimismo, en lo relativo a la conveniencia de la prueba pericial de la necropsia, que vendría a determinar si se ha acertado en el diagnóstico de la anomalía grave del feto o no, tan importante no sólo para determinar los falsos positivos y aprender de los errores, sino también para dar un consejo genético ulterior a la paciente, véase DÍAZ RICASÉNS, *Cuestiones actuales*, 2012, 57.

recién nacido durante el período neonatal, aunque en condiciones excepcionales la supervivencia pueda ser mayor.” Por tanto, según esta definición, se trata de anomalías fetales que producen la muerte, generalmente durante los primeros 27 días de vida (etapa muy corta de la vida en que se considera al niño un recién nacido o neonato), pero que excepcionalmente pueden producirla un poco más tarde. Un ejemplo sería el caso de los fetos anencefálicos o acráneos que presentan la ausencia del encéfalo o cráneo.^{530 531}

A efectos de garantizar el diagnóstico de las anomalías fetales incompatibles con la vida, se establece como requisito específico la existencia de un dictamen médico emitido con anterioridad a la ejecución de la interrupción del embarazo, por un médico especialista distinto al que practique el aborto.

530

DÍAZ RICASÉNS dice que la mención “previsiblemente” o “habitualmente” utilizada por la Sociedad Española de Ginecología en el concepto de anomalía fetal incompatible con la vida, hace referencia a que no siempre la muerte se produce en el período neonatal, existiendo casos de fetos anencefálicos o acráneos (que son niños que no tienen encéfalo o cráneo, o no se les ha desarrollado, de manera que el cuello acaba en una masa informe, que mueren tarde o temprano), en que en incubadora pueden durar hasta 2 meses; apuntando también que la micropoliquistosis dominante (una enfermedad que es diagnosticable prenatalmente, que se la transmite el padre al hijo en todos los casos y produce la muerte en la cuarta década de vida del paciente, porque son sujetos normales que a partir de los treinta años empiezan con hipertensión e insuficiencia renal progresiva y suelen morir por insuficiencia renal), no encajaría en la definición mencionada, pues aunque se trata de riesgos incompatibles con la vida en cierto sentido, no es previsible que se produzca la muerte en el período neonatal, mientras la definición de la Sociedad Española de Ginecología requiere que el período que dista hasta la muerte desde el nacimiento, sea muy corto. DÍAZ RICASÉNS, *Cuestiones actuales*, 2012, 58.

531

Estamos ante un supuesto de impunidad indiscutible, cuyo fundamento jurídico resulta incuestionable al tratarse de fetos inviables que con seguridad no llegarán a sobrevivir, lo que supone una situación traumática y difícil para la mujer embarazada a quien no se le puede obligar a seguir adelante con un embarazo que con certeza se terminará frustrado por la muerte del feto o del niño a los pocos días del nacimiento, lo que lesionaría gravemente su salud y su dignidad como persona al someterla a un trato inhumano y degradante. Además, al no existir ninguna esperanza de vida del niño, el feto deja de ser valorado como un futuro miembro de la sociedad, y con ello, su tutela constitucional desaparece, lo que permite, sin problema alguno, otorgar primacía al derecho de la mujer embarazada a decidir sobre la interrupción del embarazo. LAURENZO COPELLO apunta que “a diferencia de los otros supuestos indicados”, “estamos aquí ante un supuesto de atipicidad de la conducta debido que el objeto material se sitúa fuera del ámbito de tutela de la vida prenatal.” Asimismo, hace referencia al Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 24 de octubre de 2005, referente al caso K.L. vrs Perú, en el que un hospital de Perú negó el aborto a una adolescente que en 2001 gestó un feto anencefálico, obligándola a dar a luz y amamantarlo hasta que murió 4 días más tarde, concluyendo que obligar a una mujer a continuar la gestación en estas condiciones constituye una violación al derecho a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos y degradantes y al derecho a la privacidad de las personas. Véase LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 136.

A diferencia de lo que ocurre en el supuesto de impunidad que estudiaremos a continuación, relativo a las enfermedades extremadamente graves e incurables detectadas de manera tardía, para el cual la Ley de plazos establece la confirmación de dichas enfermedades por el comité clínico del art. 16; en el supuesto que nos ocupa la Ley sólo prevé un dictamen emitido y firmado por un único médico especialista. La razón de esta cuestión se fundamenta con argumentos médicos, en tanto las anomalías fetales incompatibles con la vida están adecuadamente determinadas por la medicina, al igual que su gravedad o carácter incurable no presentan problemas de valoración clínica, como sí sucede en el supuesto de las enfermedades extremadamente graves e incurables del feto, en cuyo caso además, se trata de un feto viable que simboliza un futuro miembro de la sociedad, una futura persona aunque con problemas de salud importantes e incurables.

En este caso el dictamen deberá ir acompañado de las pruebas diagnósticas que fundamenten dicho dictamen, en virtud del art. 7 del conocido RD 831/2010, relativo a la emisión de dictámenes preceptivos.

vi. La detección tardía al momento del diagnóstico de enfermedades extremadamente graves e incurables del feto

El art. 15, inciso c, establece la excepcional interrupción voluntaria del embarazo pasadas las 22 semanas de gestación, cuando se detecten en el feto enfermedades extremadamente graves e incurables.

En la práctica, este supuesto únicamente tendrá aplicación cuando el diagnóstico de la enfermedad sea tardío por lograrse después de la semana 22 del embarazo, toda vez que su detección temprana estaría recogida en el supuesto de impunidad básico de esta indicación, concerniente a la detección de anomalías fetales graves o riesgo de ellas dentro de las 22 semanas de gestación recogido en el inciso a del art. 15.

Como enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico, se califican aquellas situaciones con una alta probabilidad de mortalidad en el período fetal y tras el nacimiento, o que previsiblemente se asocian con un tiempo de supervivencia corto o con un desarrollo neurológico profundamente deficiente, o con una probabilidad de dependencia extrema y persistente para el desarrollo de vida post-natal, cuyos efectos serían la muerte, un retraso mental que implica una profunda deficiencia o

la dependencia extrema y persistente.⁵³² Entre estas enfermedades están por ejemplo la hidrocefalia congénita (acumulación excesiva de líquido cefalorraquídeo en el cerebro), la espina bífida abierta (cierre incompleto de la médula espinal) o la anencefalia (defecto en la fusión de varios sitios de cierre de la caja craneal).^{533 534}

La libertad de decidir sobre el aborto que la Ley de plazos le otorga a la mujer embarazada en este supuesto no supone una obligación, sino más bien una opción. Una vez comprobado el diagnóstico de enfermedades extremadamente graves o incurables del feto, la embarazada puede elegir acogerse o no a la interrupción voluntaria del embarazo.

Para garantizar el diagnóstico preliminar de la extrema gravedad y carácter incurable de las enfermedades objeto de este supuesto de impunidad, el art. 15, inciso c, establece como requisito específico de este supuesto que sea un comité clínico el que confirme dicho dictamen. La razón de esta cuestión se fundamenta con argumentos médicos, en primer lugar, en tanto el diagnóstico de enfermedades extremadamente graves e incurables del feto podría presentar problemas de valoración clínica; y en segundo lugar, al tratarse de casos donde el feto es viable y por tanto representa un futuro

532

En este sentido DÍAZ RICASÉNS, Cuestiones actuales, 2012, 58.

533

El neurocirujano infantil Javier Esperanza, en una carta abierta al Ministro Gallardón, con ocasión al Proyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada, se refiere a la hidrocefalia congénita, la espina bífida abierta y la anencefalia como enfermedades extremadamente graves e incurables. Entre otras cosas, señala a la hidrocefalia congénita y a la espina bífida abierta como malformaciones congénitas del sistema nervioso que causan un tremendo sufrimiento a la madre, pero también a las familias de los niños que las padecen, para ello el médico procede a explicar en que consiste cada una de estas enfermedades, de ahí que resulte un artículo muy interesante para comprender la gravedad de este asunto. Véase JAVIER ESPERANZA, "Nadie tiene derecho a obligar al sufrimiento", Diario El País de 24 de julio de 2012, disponible en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/07/24/actualidad/1343153808_906956.html.

534

Este supuesto de impunidad conjetura un inmenso sufrimiento para la madre y su familia al detectarse de manera tardía (pasadas las 22 semanas de embarazo) que el feto sufre enfermedades extremadamente graves e incurables. De ahí el fundamento jurídico de este supuesto de legalidad del aborto: la enorme carga emocional, personal e incluso económica que supone la maternidad en estos casos, al limitar gravemente la libertad de la madre y evidentemente su vida futura, toda vez que su proyecto de vida se ve seriamente comprometido. También se presenta aquí un conflicto de intereses entre la vida del *nasciturus* y la libertad de la mujer, que el legislador resuelve mediante la preponderancia de la libertad de la madre, otorgándole la opción de decidirse por el aborto. Seguramente el legislador también pretende proteger la salud psíquica y física de la mujer que se vería seriamente afectada ante una maternidad en tales circunstancias. El Estado no puede obligar a la mujer a seguir con un embarazo en estos casos, porque estaría vulnerando la dignidad de la mujer quien quedaría sometida a realidades muy duras el resto de su vida.

miembro de la sociedad, una futura persona que aunque con problemas muy serios de salud es objeto de tutela constitucional.

El comité clínico es un equipo pluridisciplinar integrado por dos médicos especialistas en Ginecología y Obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal y un pediatra, cuyos miembros titulares y suplentes (al menos uno por cada miembro titular) serán designados por las autoridades competentes de cada Comunidad Autónoma, por un plazo no inferior a un año (pudiendo establecer otro mayor), debiendo publicarse dicha designación en los diarios oficiales de las respectivas Comunidades Autónomas. La naturaleza, composición, procedimiento de actuación y régimen de procedimiento relativos al comité médico están regulados en el art. 16 de la LO 2/2010, y en los artículos 2 y 3 del RD 825/2010. En cada Comunidad Autónoma deberá haber como mínimo un comité médico en un centro de la red sanitaria pública. La mujer embarazada tiene derecho a elegir uno de los médicos especialistas o expertos que conforman el comité clínico, debiendo proponer a las autoridades competentes de la Comunidad Autónoma correspondiente, la designación de un médico especialista, del sector público o del privado, de su elección. Una vez confirmado el diagnóstico inicial por dicho órgano, la mujer podrá decidir de manera autónoma sobre la interrupción del embarazo. En el caso de que el dictamen del comité médico resulte contrario al diagnóstico previo, este órgano interdisciplinar lo transmitirá igualmente al órgano competente de la Comunidad Autónoma, que pondrá en conocimiento de la mujer embarazada, que no se encuentra en el supuesto legal que permite la práctica de la interrupción del embarazo que nos ocupa.

3. *La regulación del aborto punible a partir de la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*

Como se ha señalado primeramente, la LO 2/2010 se encarga de regular el aborto impune, dejando en manos del CP la regulación del aborto punible, exactamente en el Libro II, Título II, artículos 144 y sigs.

La Ley de plazos acuerda, en su disposición derogatoria única, la derogación del art. 417 bis del Texto Refundido del Código Penal de 1973, redactado conforme a la LO

9/1985, de 5 de julio, que reguló el aborto impune durante 25 años en España mediante el sistema de las indicaciones.⁵³⁵

Seguidamente, la LO 2/2010 acuerda, mediante la disposición final primera, la modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

La mayor novedad de la nueva regulación del aborto punible es la creación del nuevo delito de incumplimiento de los requisitos procedimentales de un aborto no punible, regulado en el art. 145 bis del CP.

En lo referente a la ordenación de los tipos penales del aborto, se mantiene su disposición habitual, salvo algunas novedades que veremos seguidamente.⁵³⁶ Así, se sigue distinguiendo entre el aborto producido sin consentimiento de la mujer embarazada (art. 144), el aborto consentido por ésta (art. 145), la mujer que causa su propio aborto o consciente que otro se lo produzca (art. 145.2), y el aborto imprudente (art. 146).

a) El aborto doloso producido por un tercero sin consentimiento

La LO 2/2010 no realiza ninguna modificación respecto a la disposición relativa al aborto doloso producido por un tercero sin el consentimiento de la mujer embarazada, regulado igualmente en el art. 144 del CP. Se mantiene así la misma forma y el mismo alcance que tuviera anteriormente el tipo agravado del delito de aborto en el CP de 1995.⁵³⁷

⁵³⁵

Cabe recordar que con la entrada en vigor del CP de 1995, la regulación del aborto lícito quedaba en una situación de precariedad, toda vez que la disposición derogatoria única 1.a) de la LO 10/1995, mantuvo la vigencia del art. 417 bis durante 15 años, sin llegar a incluirlo en el texto principal del nuevo CP de 1995.

⁵³⁶

En adelante, a efectos del análisis y comentarios sobre los tipos penales que regulan el delito de aborto a partir de la LO 2/2010, salvo algunas novedades o particularidades que aquí se especificarán. Véase supra 1ª, I, 7.

⁵³⁷

Establece textualmente el art. 144 del CP: *“El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años. Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño.”*

b) El aborto doloso producido por un tercero con consentimiento

El tipo básico del delito de aborto, correspondiente al aborto doloso producido por un tercero con el consentimiento de la mujer embarazada, fuera de los casos previstos por la ley, sigue estando regulado en el art. 145.1 del CP.

En lo esencial este precepto mantiene su redacción anterior.⁵³⁸ No obstante, la Ley de plazos añade al final del inciso 1º una agravación de la pena, disponiendo que “el juez podrá imponer la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado”.

Esta agravante de la pena resulta cuanto menos enmarañada. En primer lugar, porque no deja claro si debe aplicarse a la pena de inhabilitación especial, a la pena de prisión o a ambas; en segundo lugar, porque quien decide cuándo aplicarla es el juez, cuando lo más conveniente hubiese sido que la propia Ley establezca claramente en qué casos y por qué motivos procede; y en tercer lugar, porque el inciso d) del art. 145 bis.1 deja claro que cuando el aborto legal no se realiza en un centro o establecimiento público o privado acreditado al efecto, la interrupción del embarazo sigue siendo lícita, dando lugar al delito de incumplimiento de los requisitos procedimentales de un aborto no punible, por el que sólo responde el ejecutor del mismo y cuya pena es mucho menor (“multa de 6 a 12 meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de 6 meses a 2 años”).

La intención del legislador al establecer esta agravante es cuestionable pues, en un principio pareciera que la intención del legislador ha sido ofrecer mayor protección a la vida y a la salud de las mujeres embarazadas que se someten a un aborto, velando porque el mismo se realice en condiciones sanitarias idóneas, pero como expone LAURENZO COPELLO, si esta hubiese sido realmente la intención del legislador, lo lógico hubiese sido introducir una agravante genérica por realizar el aborto en condiciones peligrosas para la mujer, ahora bien, si el legislador estaba pensando en los sanitarios que realizan abortos ilegales, resulta desmesurado exigirles que lo realicen en un centro

538

En tanto sigue estableciendo que “*el que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológico, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años.*”

sanitario acreditado, bajo pena mayor, cuando en dichos centros se ejerce un control de las intervenciones sanitarias realizadas, siendo más posible que los ejecutores fuesen descubiertos.⁵³⁹ En definitiva, parece que esta agravante de la pena no tiene razón de ser en el contexto en que fue dispuesta.

En otro orden de cosas, el consentimiento de la mujer embarazada debe ser válido y eficaz, resultando indispensable tanto para que la conducta típica del tercero constituya este delito, como para responsabilizar a la mujer a tenor del art. 145.2 del CP, por consentir el aborto fuera de los casos permitidos por la ley. Por ello, la falta de consentimiento válido y eficaz de la mujer, conduce al tipo agravado de aborto sin consentimiento regulado en el art. 144 del CP.

Para que el consentimiento sea válido, es preciso que la mujer cuente con capacidad suficiente para comprender el sentido y el alcance de la intervención abortiva.^{540 541}

Al mismo tiempo, para que el consentimiento resulte eficaz, es preciso que sea prestado de manera libre,⁵⁴² debiendo ser consciente la mujer de estar autorizando un hecho que comporta la destrucción del feto, además de prestar su consentimiento con anterioridad o simultaneidad a la realización del aborto, pudiendo revocar su consentimiento en cualquier momento, lógicamente, antes de la consumación del delito.

539 Véase LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 70.

540 LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 40 y sig.: “Habitualmente la doctrina remite a la capacidad natural de juicio que debe determinarse atendiendo a las circunstancias y madurez de la embarazada en cada caso concreto, de modo tal que el consentimiento carecerá de validez si lo presta una mujer con sus capacidades psíquicas seriamente alteradas o disminuidas.”

541 En este sentido LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 42: “Siquiendo igualmente las pautas trazadas para el aborto no punible, entiendo que en caso de incapacidad de la mujer para consentir, deberá partirse de todos modos del tipo de aborto consentido –art. 145.1- cuando se cuente con el consentimiento de su representante legal (que resultaría así coautor del delito).”

542 Careciendo de eficacia aquél que sea prestado bajo amenaza, engaño o violencia.

El CP no dispone nada respecto a la forma de prestar el consentimiento, por tanto puede entenderse que el mismo se alcanza bien por escrito o verbalmente.⁵⁴³

c) Autoaborto doloso y responsabilidad de la mujer gestante por otorgar su consentimiento para que otro le produzca el aborto

El art. 145.2 del CP castiga a la mujer que produjere su propio aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley.

En la regulación del aborto punible anterior a la LO 2/2010, el art. 145.2 equiparaba el delito de autoaborto (cuando la mujer embarazada se practica su propio aborto) y la responsabilidad de la mujer embarazada que consiente que un tercero le practique un aborto doloso, estableciendo la misma pena para ambos delitos. A partir de la Ley de plazos la pena sigue siendo común pero resulta modificada, pasando de prisión de 6 meses-1 año y multa de 6-24 meses, a la pena única de multa de 6-24 meses.

La pena del autoaborto en la regulación del aborto punible anterior a la LO 2/2010 ya evidenciaba la valoración especial que el legislador hacía a la particular condición que el embarazo supone para toda mujer, pues se atenuaba la pena y se apreciaba de manera totalmente distinta la conducta de destruir la vida prenatal cuando era llevada a cabo por la propia mujer embarazada. Ahora bien, a partir de la LO 2/2010 dicha evidencia resulta aún más irrefutable.⁵⁴⁴

d) Aborto imprudente producido por un tercero

El delito de aborto imprudente regulado en el art. 146 del CP no ha sufrido ninguna modificación a partir de la LO 2/2010, por lo que valen aquí las consideraciones realizadas en ocasión al análisis de este artículo precedentemente.⁵⁴⁵

⁵⁴³

LAURENZO COPELLO explica que al tratarse de un hecho prohibido por la ley, no está regulada la forma de prestarlo, pudiendo ser escrito o verbal, expreso o tácito. En este sentido LAURENZO COPELLO, Dogmática, 2012, 43.

⁵⁴⁴

De ahí que LAURENZO COPELLO haga referencia a que se trata de un tipo muy atenuado de aborto, apuntando a que si no se quiere tratar a la mujer como una mera incubadora humana, necesariamente ha de tenerse en cuenta esta fuerte e intransferible repercusión personal que le supone el embarazo, operando tal singularidad como una causa personal de atenuación de la pena que opera en el ámbito de lo ilícito, un elemento adicional que se incorpora a la valoración jurídica del hecho, que no está presente cuando quien causa el aborto es otra persona distinta a la propia mujer embarazada. Véase LAURENZO COPELLO, Dogmática, 2012, 51.

⁵⁴⁵

Véase supra 1ª, II, 7.2, d).

e) El nuevo delito de incumplimiento de los requisitos procedimentales de un aborto no punible

La Ley de plazos introduce en el Derecho penal español un nuevo delito de incumplimiento de los requisitos procedimentales de un aborto no punible.⁵⁴⁶ Este delito se regula en el art. 145 bis del CP, que establece textualmente:

“1. Será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años, el que dentro de los casos contemplados en la ley, practique un aborto:

a) sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad;

b) sin haber transcurrido el período de espera contemplado en la legislación;

c) sin contar con los dictámenes previos preceptivos;

d) fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. En este caso, el juez podrá imponer la pena en su mitad superior.

2. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas previstas en este artículo en su mitad superior cuando el aborto se haya practicado a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.

3. La embarazada no será penada a tenor de este precepto.”

El apartado núm. 1 de este precepto, castiga a aquél que realiza un aborto legal pero a su vez incumple, al menos, alguno de los requisitos procedimentales allí dispuestos. O sea, para que concurra este delito, el aborto deberá corresponder a alguna de las interrupciones voluntarias del embarazo autorizadas legalmente en los artículos 14 y 15 de la LO 2/2010, debiendo concurrir todos los presupuestos materiales que otorgan la impunidad al aborto, ya sea por mediar la petición de la mujer embarazada dentro del plazo inicial de impunidad de las primeras 14 semanas de gestación (art. 14 de la LO

⁵⁴⁶

Creado por la disposición final primera, apartado 2, de la LO 2/2010, que modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

2/2010), o por existir alguna de las situaciones de conflicto previstas a efectos de la interrupción voluntaria del embarazo por causas médicas (art. 15 de la LO 2/2010).⁵⁴⁷

➤ Los requisitos procedimentales

Los requisitos procedimentales a que hace referencia este delito no corresponden a requisitos materiales básicos para determinar la legalidad del aborto, sino a otros requisitos legales.

Estos requisitos procedimentales son: en primer lugar, los dos requisitos de la interrupción voluntaria del embarazo a petición de la mujer, previstos en el mencionado art. 14 de la LO 2/2010, relativos al asesoramiento previo al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad que se ofrece a la mujer y al período de espera de 3 días que debe transcurrir entre la entrega de la información a la mujer y la práctica del aborto (incisos a y b del art. 145 bis del CP); en segundo lugar, el requisito de los dictámenes médicos preceptivos para la interrupción del embarazo por causas médicas, específicos para cada supuesto de impunidad de las indicaciones terapéutica y eugenésica del art. 15 de la LO 2/2010 (inciso c del art. 145 bis del CP); y en tercer lugar, el requisito común a todas las interrupciones voluntarias del embarazo de la LO 2/2010, correspondiente a la realización de la intervención abortiva en un centro médico público o privado acreditado al efecto (inciso d del art. 145 bis del CP).⁵⁴⁸

⁵⁴⁷

En este sentido SILVA SÁNCHEZ, quien apunta que se trata de un aborto en el que concurren los requisitos materiales básicos (primeras 14 semanas de gestación o causas médicas), pero no se cumplen otros requisitos (deberes de información, periodo de espera, centro acreditado, emisión de dictámenes preceptivos). Véase SILVA SÁNCHEZ, Lecciones DP, PE, 2011, 64 y sig.

⁵⁴⁸

Las exigencias procedimentales que nos ocupan, como vimos en su momento, constituyen instrumentos propios del sistema del plazo con asesoramiento, que tienden ante todo a fortalecer la protección jurídica efectiva de la vida del *nasciturus*. Sin embargo, la comprobación de que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, o que haya transcurrido el período de espera de los 3 días, son obligaciones que a la vez intentan prevenir interrupciones del embarazo basadas en razones meramente circunstanciales, que podrían salvarse si la mujer embarazada conoce los derechos y las ayudas públicas existentes en torno a la maternidad. Asimismo, los dictámenes médicos preceptivos para la interrupción del embarazo por causas médicas, además tienen la función de garantizar la efectiva concurrencia de las situaciones de conflicto contempladas en las indicaciones terapéutica y embriopática. Del mismo modo que la exigencia de que la interrupción del embarazo se realice en un centro médico autorizado además busca garantizar la salvaguardia de la vida y la salud de la mujer embarazada, sirviendo también como mecanismo de control de la legalidad de los abortos

Cabe hacer algunas precisiones sobre estos requisitos procedimentales:

i. Sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad

Verdaderamente, lo que este delito castiga es que el médico ejecutor realice el aborto legal sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas a la maternidad, y no la falta de entrega de dicha información a la mujer en sí misma, que corresponde a cualquier centro o establecimiento médico, público o privado acreditado para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo por disposición expresa del art. 17.2 de la LO 2/2010.⁵⁴⁹

La información a la que se refiere este delito es la prevista en el art. 17.2 de la LO 2/2010 (referente a la interrupción del embarazo a petición de la mujer del art. 14), única información que corresponde a derechos o ayudas públicas en apoyo a la maternidad: ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto, los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad, las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas, los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento, datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro, y datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo.⁵⁵⁰

realizados, que al mismo tiempo permita obtener datos importantes que faciliten posibles seguimientos, inspecciones y ofrezcan estadísticas.

549

El médico ejecutor no tiene la obligación de entregar la información, pero sí tiene la obligación de comprobar que la ha recibido y la fecha de dicho recibo, para posteriormente determinar si se cumple el plazo de espera a que se refiere el siguiente requisito procedimental que analizamos a continuación.

550

LAURENZO COPELLO cree que por estricta aplicación del principio de legalidad no puede extenderse este supuesto a la información adicional que se requiere en los casos de la indicación embriopática “sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, así como la red de organizaciones sociales de asistencia social a estas personas” del art. 17.3 de la Ley de plazos, aunque ciertamente la finalidad de esta información también va en la línea de favorecer la continuación del embarazo, pero expresamente este precepto se refiere a la información relacionada con medidas “de apoyo a la maternidad”, y el art. 14 de la LO 2/2010 (que es el que utiliza este término), no remite al art. 17.3 de esta Ley, donde figura aquella información específica relacionada con la discapacidad. Y por las mismas razones, tampoco cree que pueda incluirse aquí la omisión por parte del médico de la información asistencial sobre las características,

ii. Sin haber transcurrido el período de espera contemplado en la legislación

Como hemos visto en su momento, el periodo de espera contemplado en la LO 2/2010 es de 3 días, a contar desde que la mujer recibe la información y hasta la práctica del aborto.

Cabría la aplicación de la eximente genérica del estado de necesidad, cuando el médico ejecutor incumple el plazo de espera con el fin de salvar el periodo inicial de impunidad de las primeras 14 semanas de gestación, y evitarle a la mujer la imposibilidad de abortar legalmente, siempre y cuando concurren los demás elementos que hacen legal el aborto a petición de la mujer embarazada. Así, el incumplimiento de este requisito no sería punible conforme al art. 145 bis del CP que nos ocupa.⁵⁵¹

iii. Sin contar con los dictámenes previos preceptivos

El CP no realiza ninguna precisión sobre cuáles son los dictámenes a que hace referencia este delito (refiriéndose solamente a la ejecución de un aborto legal “sin contar con los dictámenes previos preceptivos”), por tanto, cabe entender incluidos aquí todos los dictámenes médicos requeridos en cualquiera de los supuestos de impunidad que conforman las indicaciones terapéutica y embriopática reguladas en el art. 15 de la LO 2/2010. En concreto, el dictamen emitido con anterioridad a la intervención abortiva, por un médico especialista, distinto del que practique o dirija el aborto, donde conste la determinación precisa del grave riesgo para la vida o la salud de la mujer embarazada; el dictamen emitido con anterioridad a la intervención abortiva, por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija el aborto, donde se precise el riesgo de graves anomalías en el feto; el dictamen emitido con anterioridad por un médico especialista, distinto del que practique la intervención abortiva, cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida; o la confirmación por parte del comité clínico del diagnóstico de la detección tardía de una enfermedad extremadamente grave e incurable del feto.

riesgos y consecuencias de la intervención abortiva del art. 17.4 de esta Ley, por tratarse de una referencia específica al consentimiento informado en el ámbito sanitario que nada tiene que ver con las medidas de “apoyo a la maternidad”. En este sentido LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 55.

551

LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 56: “Nos encontraríamos ante un conflicto entre la libertad de la mujer para decidir dentro del plazo previsto legalmente (las catorce primeras semanas) y el interés del Estado de favorecer por medios indirectos la continuación del embarazo, un conflicto que atendiendo a la valoración global que nuestra legislación realiza del aborto voluntario ha de resolverse en favor de la libertad de la mujer.”

Existirá delito de incumplimiento de los requisitos procedimentales de un aborto no punible, tanto si el médico ejecutor no cuenta con el dictamen preceptivo para cada caso concreto, como si el informe médico con el que cuenta carece de validez por presentar algún defecto de forma. Por ejemplo, al haberlo emitido un psicólogo en vez de un psiquiatra, que es quien posee la categoría de médico, en el caso del aborto terapéutico por riesgo para la salud psíquica de la mujer embarazada; o al estar firmado por un único médico, en vez de por dos médicos en el supuesto de aborto embriopático por riesgo de graves anomalías en el feto.

Como vimos al estudiar la jurisprudencia referente a los requisitos formales de las indicaciones, durante la vigencia de aquél sistema se castigaba directamente por el delito de aborto consentido, al médico ejecutor que se basaba en un dictamen emitido por un psicólogo, sin entrarse a valorar la existencia o no del legítimo riesgo para la salud psíquica de la mujer embarazada.⁵⁵² Prósperamente, tras la creación del art. 145 bis del CP, tal defecto no da lugar a la aplicación del tipo básico del delito de aborto (art. 145.1 del CP), sino que corresponde aplicar el delito de incumplimiento de los requisitos procedimentales de un aborto no punible, cuya pena, como vimos, es mucho menor que la del aborto consentido del art. 145.1 del CP.

Recuérdese que el art. 15, inciso a, de la LO 2/2010, autoriza expresamente a prescindirse del dictamen preceptivo cuando sea necesario por riesgo vital para la mujer embarazada. Diferente es el caso, cuando existe riesgo grave para la salud de la gestante.⁵⁵³

iv. Fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado

Este requisito está regulado en el art. 13 de la LO 2/2010, que establece los requisitos comunes a todas las interrupciones voluntarias del embarazo autorizadas por

⁵⁵² En este sentido las SSTs de 26 de octubre de 2000 y 19 de septiembre de 2001. Véase supra 1ª, II, 5.2.

⁵⁵³ LAURENZO COPELLO señala que deberá justificarse por estado de necesidad al médico que prescinde del dictamen ante la existencia de un riesgo grave para la salud de la embarazada que impide posponer la intervención hasta conseguir el informe positivo de otro especialista. Asimismo, dispone que distinta será la solución, obviamente, si no se trata sólo de un defecto de forma sino de la connivencia entre el médico ejecutor y quien emite el dictamen para disimular la ausencia de los presupuestos materiales de la indicación respectiva. En tal caso faltará el presupuesto material de la justificación de la conducta y, por tanto, estaremos ante un aborto ilícito (es decir, ante un delito de aborto que desplaza al art. 145 bis). Al respecto LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 57.

esta Ley. Por tanto, se trata de un requisito general que deberá cumplirse en cualquier caso, ya sea cuando la interrupción del embarazo es solicitada por la mujer embarazada dentro del plazo inicial de impunidad de las primeras 14 semanas de gestación, como en alguno de los supuestos de impunidad excepcionales por causas médicas.

➤La falta de cumplimiento de los requisitos procedimentales

Cabe reiterar que el delito de incumplimiento de los requisitos procedimentales que nos ocupa (art. 145 bis del CP) sólo procede cuando durante la práctica de un aborto no punible se incumple alguno de los requisitos expresamente indicados en este precepto, y nunca cuando se trate del incumplimiento de otros requisitos legales no contemplados en este tipo penal.

La creación de este delito demuestra claramente que la falta de cumplimiento de alguna de las exigencias en él descritas no convierte en ilegal la interrupción voluntaria del embarazo, sino que por el contrario, dicho incumplimiento se castiga con una pena más leve que la del aborto cometido por un tercero con consentimiento de la mujer embarazada.⁵⁵⁴

Es evidente que los requisitos procedimentales a que hace referencia el art. 145 bis del CP, no han sido fijados para determinar la legalidad del aborto, sino para reforzar la efectividad del régimen despenalizador ofrecido por la nueva Ley de plazos, como sistema integral de tutela de la vida del *nasciturus*, y como no, de los derechos de las mujeres embarazada.⁵⁵⁵

➤La agravación de la pena

El inciso núm. 2 del art. 145 bis del CP, establece la agravación de la pena en su mitad superior, cuando el aborto se haya practicado a partir de la semana 22 de

⁵⁵⁴

El incumplimiento de los requisitos procedimentales de un aborto no punible se castiga con pena de multa de 6-12 meses e inhabilitación especial de 6 meses-2 años. Mientras tanto, el aborto doloso producido por un tercero con consentimiento de la mujer, se castiga con pena de prisión de 1-3 meses e inhabilitación especial de 1-6 años.

⁵⁵⁵

LAURENZO COPELLO apunta que "la tipificación específica de estas conductas deja claro que el incumplimiento de los requisitos procedimentales recogidos en la LO 2/2010 no convierte en ilícita la interrupción del embarazo, una conclusión correcta dado que su ausencia no afecta a la valoración material de la que parte el Derecho penal para permitir el aborto en ciertas circunstancias sino a otros fines garantísticos. Véase LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 53.

gestación. Se trata de una agravación vinculada al tiempo de gestación, que coincide con el momento del embarazo en que el feto adquiere viabilidad extrauterina, y por ende, capacidad suficiente para vivir de manera independiente a la madre.

Teniendo en cuenta que el delito de incumplimiento de los requisitos procedimentales (art. 145 bis del CP) precisa la inobservancia de alguno de los requisitos en él descritos durante la práctica de un aborto legal, se llega a la conclusión de que esta agravación de la pena resulta prácticamente inaplicable al tenor de este delito. En primer lugar, respecto a los dos primeros requisitos procedimentales (no comprobar la entrega de la información a la mujer o no cumplir con el plazo de espera), que como vimos hacen referencia a la interrupción voluntaria del embarazo a petición de la mujer (art. 14 de la LO 2/2010), cuya legalidad depende de que se realice dentro del plazo inicial de impunidad de las primeras 14 semanas de gestación. De modo que si se realiza el aborto en la semana 22 del embarazo, la conducta pasaría a constituir el delito de aborto consentido por la mujer (art. 145.1 del CP), desplazando el delito de aborto al delito de incumplimiento de los requisitos del art. 145 bis del CP. En segundo lugar, respecto a los requisitos procedimentales sucesivos (dictámenes preceptivos y ejecución del aborto en centro médico acreditado), cuando se trate de los supuestos de impunidad relativos a la indicación terapéutica (grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada) o a la indicación embriopática por riesgo de graves anomalías en el feto, cuya legalidad dependerá de que la interrupción del embarazo se realice cuando no se superen las 22 semanas de gestación (art. 15, incisos a y b de la LO 2/2010).

En consecuencia, la agravación de la pena únicamente procederá a efectos de la indicación embriopática en los supuestos de anomalías fetales incompatibles con la vida (en cuyo caso el aborto está permitido en cualquier momento del embarazo), o cuando se detecte en el feto, de manera tardía (se considera diagnóstico tardío el logrado a partir de la semana 22 del embarazo), una enfermedad extremadamente grave e incurable.^{556 557}

⁵⁵⁶ Si no se tratase de un diagnóstico tardío, la detección temprana estaría recogida en el supuesto de impunidad básico de la indicación embriopática, concerniente a la detección de anomalías fetales graves o riesgo de ellas, dentro de las veintidós semanas de gestación.

⁵⁵⁷ No obstante, como bien apunta LAURENZO COPELLO, no tiene sentido agravar la pena por el hecho que el feto haya superado las 22 semanas de gestación, cuando se trata de anomalías fetales incompatibles con la vida, en cuyo caso se descarta la supervivencia del feto, que en definitiva es lo único que podría justificar esta agravante. O

➤ **La exclusión de la punición de la mujer**

Por último el inciso núm. 3 del art. 145 bis del CP, establece que la mujer no será penada a tenor de este precepto. Esta exclusión de la punición de la mujer embarazada se debe a que estamos ante una figura delictiva especial, relativa al incumplimiento de alguno de los requisitos procedimentales de la intervención abortiva, cuya verificación legalmente corresponde al ejecutor del aborto, de modo que la mujer únicamente se limita a autorizar que se le practique el aborto.

En consecuencia, el único autor de este delito podrá ser el médico especialista que realiza el aborto o bajo cuya dirección se ejecuta el mismo, por disposición expresa del art. 13 de la LO 2/2010.⁵⁵⁸

4. El recurso de inconstitucionalidad número 4523-2010

Tal y como lo había anunciado el PP en los medios de comunicación durante el proceso parlamentario que desarrolla la LO 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, el Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados (PP) interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de plazos española el 1 de junio de 2010. El recurso lo interponía Federico Trillo-Figueroa Martínez-Conde, en representación de otros 70 Diputados del PP, concretamente contra los artículos 5 inciso 1 e, 8 in limine y letras a y b, 12, 13 inciso 4, 14, 15 incisos a, b y c, 17 incisos 2 y 5, 19 inciso 2 párrafo primero (aunque, realmente la impugnación se refiere al párrafo segundo) y contra la disposición final segunda de la Ley 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

en el caso de la detección tardía de una enfermedad extremadamente grave o incurable del feto, que realmente existía al momento de realizar el aborto y así se puede probar *ex post*, en cuyo caso resulta escandaloso que al médico se le sancione con una pena más grave, sólo por no haber inobservado una formalidad. cuando la Ley de plazos deja claro que la decisión sobre este aborto corresponde a la mujer que sufre el difícilísimo conflicto que admite el nacimiento de un hijo en estas condiciones. Véase LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 59.

558

LAURENZO COPELLO establece que, en su caso, también podrá ser autor de este delito el ejecutor del aborto que actúa bajo la dirección del médico especialista a que hace mención la Ley de plazos. No obstante, considera que aún en este supuesto, es al médico especialista que dirige el aborto, a quien le corresponde verificar la presencia de todos los requisitos procedimentales a los que se refiere este delito. En este sentido LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 54, n. 134.

En el escrito de demanda el PP solicita la declaración de nulidad e inconstitucionalidad de los preceptos impugnados, por considerarlos contrarios a la CE por no respetar el contenido del derecho a la vida del *nasciturus* del art. 15, así como los artículos 9.3º, 10.1º, 14, 16, 18, 20, 27, 43 y 49 de la CE. Por medio de otrosí, pide la tramitación preferente y sumaria del recurso, y, en la medida en que no pueda decidirse antes de la entrada en vigor de la Ley recurrida, se interesa la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados.⁵⁵⁹

En la solicitud de suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, los recurrentes fundamentan su interés en que la medida cautelar solicitada es compatible con lo dispuesto en el art. 30 LOTC, en tanto este precepto impide la suspensión de la aplicación de la Ley impugnada, pero no de los concretos preceptos de cuya constitucionalidad se duda; asimismo, establecen que concurre el *periculum in mora* necesario para la adopción de la medida cautelar de suspensión, al existir un evidente perjuicio irreparable; y en último lugar, se basan en que existe en este supuesto el *fumus boni iuris*, pues se trata de una Ley que regula numerosas cuestiones en sentido contrario a la doctrina constitucional. Posteriormente, mediante ATC 90/2010, de 14 de julio, el TC acuerda denegar la suspensión solicitada, en tanto este Tribunal considera que sólo está sometido a la CE y a la LOTC (art. 1.1 de la LOTC), y ninguna de estas normas acuerdan limitación alguna a la aplicabilidad de la Ley estatal como consecuencia de su impugnación ante el TC mediante una medida suspensiva o cautelar, mientras que esa previsión sí se contempla en relación con las disposiciones de las Comunidades Autónomas cuando las impugne el Gobierno de la Nación (art. 161.2 CE) al tenor del art.

559

Por providencia de 30 de junio de 2010, el Pleno del TC acuerda admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad y dar traslado al Congreso de los Diputados, al Senado y al Gobierno de la Nación, al objeto de que, en el plazo de 15 días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes. Asimismo, y en cuanto a la solicitud de suspensión cautelar formulada en el escrito de interposición, acuerda oír a las partes mencionadas para que el plazo de 3 días puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas. Mediante escrito registrado el 6 de julio de 2010, el Abogado del Estado se persona en el proceso en nombre del Gobierno y evacua el trámite de alegaciones relativo a la solicitud de suspensión cautelar de los preceptos impugnados, formulada por los Diputados recurrentes. Las demás partes emplazadas no formulan alegaciones a la petición de suspensión de los preceptos impugnados dentro del plazo concedido al efecto. Sobre las alegaciones del Abogado del Estado, véase el antecedente núm. 3 del ATC 90/2010, de 14 de julio, que deniega la suspensión de diversos preceptos de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, solicitada en el recurso de inconstitucionalidad que nos ocupa; en BOE núm. 192, de 9 de agosto de 2010.

30 de la LOTC.⁵⁶⁰ También, entiende que la interpretación del art. 30 de la LOTC, de manera acorde con las previsiones constitucionales y sistemáticamente con los demás preceptos de la LOTC reguladores de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, conduce a la inequívoca conclusión de que la imposibilidad de suspender la vigencia de una ley se refiere tanto a ésta en su conjunto como a los preceptos que la integran.⁵⁶¹ Respecto a la otra línea argumental de la demanda, que plantea la autocuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 30 LOTC, con objeto de obtener la suspensión de su aplicación salvando así el obstáculo legal que impide atender la medida de suspensión postulada por los Diputados recurrentes, el TC la declara inadmisibile, porque se fundamenta en una perspectiva equivocada de los presupuestos y consecuencias de la autocuestión de inconstitucionalidad, que sólo resulta procedente en recursos de amparo, condicionándola a la previa existencia de un recurso de amparo,⁵⁶² hasta el extremo de que, en la autocuestión se ha de ceñir el examen en el

560

En este sentido el FJ 2 del ATC 90/2010: "(...) la Constitución no prevé que, tras su entrada en vigor, la ley estatal pueda ver impedida su aplicabilidad mediante una medida suspensiva o cautelar, mientras que esa previsión sí se contempla en relación con las disposiciones de las Comunidades Autónomas cuando las impugne el Gobierno de la Nación (art. 161.2 CE). Tal entendimiento se concreta de manera categórica en el art. 30 LOTC, al disponer: «La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de Ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el art. 161.2 de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas». "Doctrina que se ha reiterado en los AATC 128/1996, de 21 de mayo, FJ 2; 266/2000, de 14 de noviembre, FJ único; y 58/2006, de 15 de febrero, FJ 4, en los que se destaca que la vigencia de las decisiones que emanan de los cuerpos legislativos no puede ser suspendida sino en virtud de un apoderamiento expreso que, cuando se trata de las leyes procedentes de las Cortes Generales, no ha sido otorgado al Tribunal Constitucional, según resulta de lo dispuesto en el art. 30 LOTC, precepto que sólo permite e impone el aplazamiento de la vigencia cuando se trate de leyes autonómicas que impugne el Gobierno de la Nación si lo pide a través de la invocación del art. 161.2 CE. Así pues, de acuerdo con las citadas previsiones de la Constitución y de la LOTC y con la doctrina constitucional, el Tribunal Constitucional tiene vedada la posibilidad de suspender la aplicabilidad de la ley estatal, por lo que debe rechazarse la petición de suspensión de los preceptos impugnados en el presente recurso de inconstitucionalidad."

561

En este sentido el FJ 3 del ATC 90/2010: "Y éste es el entendimiento que de dicha prohibición ha efectuado este Tribunal al denegar las peticiones de suspensión de concretos preceptos de leyes del Estado en los casos resueltos por los AATC 141/1989, 266/2000 y 58/2006, aparte del supuesto a que se refieren los AATC 462/1985 y 565/1985, sobre la solicitud de suspensión del art. 119 del proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial (que ya era Ley sancionada, promulgada y publicada en el momento de resolver sobre dicha petición) formulada por el Consejo General del Poder Judicial en un conflicto entre órganos constitucionales del Estado."

562

En este sentido las SSTC 40/1989, de 16 de febrero (FJ 2), y 48/2005, de 3 de marzo (FJ 6).

perímetro del debate trabado en el recurso de amparo previo⁵⁶³; y en todo caso, frente a lo que se afirma en la demanda el TC considera que el efecto que produce el planteamiento de los recurrentes no es el de suspender la vigencia de la ley sino la suspensión del procedimiento judicial en el que se haya suscitado, como se deriva de los arts. 163 de la CE y 35.3 de la LOTC, es decir, que el precepto continuaría vigente mientras se sustanciara la cuestión, siendo el procedimiento promovido por los recurrentes el que quedaría en suspenso.⁵⁶⁴ Resumiendo, el TC entiende que los argumentos expuestos no logran desvirtuar la reiterada doctrina de este Tribunal sobre la imposibilidad de suspender la vigencia de los preceptos impugnados, sin que, en consecuencia, sea preciso analizar los razonamientos relativos a la existencia de *periculum in mora* y de *fumus boni iuris* que se alegaban en la demanda.

Atendiendo a lo interesado en la demanda y a lo defendido por el Abogado del Estado sobre dar carácter prioritario a la tramitación y resolución del presente recurso, el TC acuerda acceder a dicha petición. No obstante, casi 5 años después aún no se ha emitido sentencia alguna que lo resuelva.

Antes de estudiar el contenido de los motivos de inconstitucionalidad en que se basa este recurso (en lo concerniente a la solicitud de la declaración de nulidad e inconstitucionalidad de los preceptos impugnados), es importante recapitular los preceptos objetados, que son:

El art. 5.1.e que está dirigido a garantizar una educación sanitaria integral y con perspectiva de género sobre salud sexual y reproductiva.

El art. 8 incisos a y b relativos a la formación de los profesionales sanitarios en materia de salud sexual, que aborde la perspectiva de género e incluya la práctica de la interrupción del aborto.

⁵⁶³

En este sentido la STC 149/2000, de 1 de junio, FJ 2.

⁵⁶⁴ La autocuestión de constitucionalidad es una cuestión de inconstitucionalidad que se plantea el propio TC ante sí mismo y que se utiliza en los casos en que el TC está conociendo de un recurso de amparo constitucional y observa que la vulneración del derecho fundamental tiene su origen en una ley o precepto legislativo; de manera que la Sala del TC o bien la Sección después de resolver el recurso de amparo de manera favorable al recurrente, eleva la posible inconstitucionalidad de la norma al Pleno para que éste determine lo que considere oportuno, mediante el mismo de las cuestiones de inconstitucionalidad. En este sentido el FJ 3 del ATC 90/2010.

El art. 12 que garantiza el acceso a la interrupción del embarazo en las condiciones expuestas en esta Ley, respetando el derecho del libre desarrollo de la personalidad de la mujer, su vida e integridad, etc.

El art. 13.4 que otorgaba validez a la decisión de las mujeres de 16 y 17 años sobre el aborto, debiendo informar como mínimo a uno de sus progenitores o su tutor legal si esto no supone un riesgo para la misma.

El art. 14 relativo a la interrupción del embarazo a petición de la mujer, que permite a la mujer la autonomía a decidir cuándo desea tener hijos y le confiere un mayor *estatus* de igualdad pudiendo interrumpir voluntariamente su embarazo durante las 14 primeras semanas.

El art. 15 inciso a, b y c, relativos a la interrupción del embarazo por causas médicas, el primero cuando dentro de las primeras 22 semanas de gestación existe grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada; el segundo cuando dentro de las primeras 22 semanas de gestación existe riesgo de graves anomalías para el feto; y el tercero cuando se detectan anomalías fetales incompatibles con la vida, o bien se detecta de manera tardía enfermedades extremadamente graves e incurables del feto.

El art. 17 incisos 2 y 5 referentes a la información extendida sobre las ayudas sociales tanto para embarazadas como madres, y derechos laborales, así como los centros disponibles de información sexual y asesoramiento anterior y posterior al aborto.

Y por último, el art. 19, inciso 2, párrafo primero, relativo a la prestación sanitaria en la red pública para la interrupción del embarazo.

4.1. Los motivos del recurso

El recurso de inconstitucionalidad se organiza atendiendo a los derechos fundamentales que según los recurrentes resultan afectados en cada caso, conteniendo ocho motivos que se refieren tanto al nuevo sistema de despenalización del aborto que combina plazos e indicaciones, como a cuestiones relativas a la salud sexual y reproductiva. En los primeros seis motivos, se muestra la argumentación concerniente a la concebida inconstitucionalidad de la interrupción voluntaria del embarazo, en tanto los recurrentes razonan que la LO 2/2010 es contraria a la CE y a la doctrina del TC en materia de aborto. Y los motivos séptimo y octavo, se refieren a cuestiones de ideología

que los recurrentes consideran contrarias a la CE, a la doctrina del TC y a ciertos Tratados Internacionales firmados por España, que según estos suponen un atentado a la libertad personal en el ámbito de la enseñanza, la educación y la investigación científica.⁵⁶⁵

➤ **MOTIVO PRIMERO:** Inconstitucionalidad del art. 14 y, por relación a él, del art. 17, apartados 2 y 5 de la LO 2/2010, por vulneración del art. 15 CE, en relación con el art. 10.1 y 2 CE y la doctrina del Tribunal Constitucional, así como del art. 9.3 CE en lo que se refiere a la garantía de la seguridad jurídica.

Empieza diciendo el recurso que la LO 2/2010 introduce en la legislación española, mediante el art. 14, el llamado “sistema de plazos”, permitiéndose acabar con un embarazo y, por lo tanto, con la vida humana que se halla en el seno materno, por la mera voluntad de la madre cuando concorra únicamente un requisito temporal (que tenga lugar dentro de las primeras 14 semanas de gestación) y otro formal (que conste la existencia de un consentimiento informado de la mujer, que se concreta en la recepción de un sobre cerrado conteniendo determinadas informaciones y en el transcurso de un lapso temporal de 3 días desde que se recibe ese sobre y la práctica del aborto), sin exigirse la existencia

565

Resulta interesante mostrar la descripción que hace el propio recurso sobre su estructura básica, en el epígrafe segundo del apartado II de los fundamentos jurídicos, relativo a los fundamentos sustantivos y motivos de inconstitucionalidad, indicando textualmente: “Los primeros seis motivos del recurso se referirán a la parte de la Ley relativa a la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, procediendo a impugnarse aquellos preceptos que han ignorado y excedido la doctrina constante y reiterada del Tribunal Constitucional sobre la aplicación del art. 15 CE a la vida humana en formación. En este sentido –aunque se expondrá con mayor detalle al desarrollar su motivo primero–, conviene aclarar desde este momento que el presente recurso toma como punto de partida y marco de referencia la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en su STC 53/1985. Por ello, se confía en que el propio Tribunal Constitucional sea coherente consigo mismo y tenga en cuenta sus propios criterios ya consolidados, a la hora de estudiar y decidir el presente recurso de inconstitucionalidad. Por su parte, los motivos séptimo y octavo se centrarán en fundamentar la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la parte de la ley dedicada a regular diversas cuestiones relativas a la llamada salud sexual y reproductiva, a través de los cuales se pretende imponer una perspectiva ideológica específica en la enseñanza e investigación sobre esa materia. De esta forma, aprovechando una ley dedicada a ampliar la despenalización del aborto, se ha pretendido desde los poderes públicos retroceder a épocas preconstitucionales en las que existía una ética estatal única sobre cuestiones que afectaban a materias que se consideraban importantes para la ideología dominante, obligando a docentes y estudiantes a enseñarlas y aprenderlas conforme a esa ideología, quebrantando así la esencial libertad de lógica y de conciencia, así como la de enseñanza. En el presente recurso se reacciona contra ese intento de adoctrinamiento impuesto desde el Estado, y se propugnará la inconstitucionalidad de aquellos preceptos que no se compadecen con los principios, valores y derechos constitucionales que protegen la libertad ideológica y de enseñanza de los ciudadanos y de la sociedad civil.”

de ninguna causa externa u objetiva que permita ponderar y resolver el conflicto de valores jurídicos que tiene lugar en torno al aborto. Se entiende que el Estado renuncia a proteger la vida del *nasciturus* sin otra garantía que la de constatar que se le ha entregado a la mujer embarazada una información y que se encuentra dentro de las primeras 14 semanas de gestación, entendiéndose que la Ley de plazos, aunque no lo diga expresamente, reconoce un derecho al aborto libre hasta la semana decimocuarta de embarazo.

Continúa diciendo la Sentencia que la LO 2/2010 no aborda legislativamente una cuestión que entienden ha sido ya tratada por la STC 53/1985, al sentar las bases del alcance y extensión del art. 15 CE en lo que se refiere al *nasciturus*. Dispone que la STC 53/1985 no es una resolución aislada del TC, en tanto ha sido respaldada y consolidada por las SSTC 212/1996 de 19 de diciembre y 116/1999 de 17 de junio. La primera, al afirmar que conviene “que este Tribunal parta del recordatorio de algunas de las fundamentales afirmaciones entonces proclamadas por la STC 53/1985, y señala que del art. 15 de la CE se deriva un deber de protección por parte del Estado que se proyecta sobre el *nasciturus* (FJ 3);⁵⁶⁶ y la segunda, que reitera la condición constitucional del

566

Lo que no menciona este motivo es que el FJ 3 de la STC 112/1996 resuelve el reproche central que dirigen los recurrentes (el mismo Federico Trillo-Figueroa y Martínez-Conde, comisionado por 68 Diputados del Grupo Parlamentario Popular) contra la Ley 42/1988, por entender que vulnera el art. 15 CE, en definitiva, la transgresión del derecho fundamental a la vida, a lo cual la Sentencia responde diciendo que “El art. 15 C.E. en efecto reconoce como derecho fundamental el derecho de todos a la vida, derecho fundamental del que, como tal y con arreglo a la STC 53/1985 son titulares los nacidos, sin que quepa extender esta titularidad al *nasciturus*. Así, «los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al *nasciturus* le corresponda también la titularidad del derecho a la vida» (FJ 7). Esta afirmación, reiteradamente proclamada en la STC 53/1985, nos lleva ya a una primera conclusión de particular alcance a los presentes efectos. En esta Ley, por su propio objeto y desarrollo, no se encuentra implicado el derecho fundamental de todos, es decir, de los nacidos, a la vida, a diferencia de lo que puede ser el caso de otra Ley, frecuentemente utilizada como término de comparación, la ya citada Ley 30/1979, sobre extracción y trasplante de órganos. Siendo ello así, debe decaer ya la objeción general a la Ley 42/1988 basada en la vulneración de la garantía del contenido esencial del derecho fundamental de todos a la vida (art. 53.1 C.E.). Es de tener en cuenta, a este respecto, que, como ya se ha señalado, en el caso de la vida del *nasciturus* no nos encontramos ante el derecho fundamental mismo, sino, como veremos, ante un bien jurídico constitucionalmente protegido como parte del contenido normativo del art. 15 C.E. De ahí que no quepa invocar una garantía normativa, la del contenido esencial, que la Constitución reserva precisamente a los derechos y libertades mismos, reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución (art. 53.1 C.E.). No cabe por tanto, en rigor, hablar de un contenido esencial de un bien jurídico constitucionalmente protegido en el sentido del art. 53.2 C.E., todo ello con independencia de lo que a continuación se diga.” Véase el BOE núm. 19, de 22 de enero de 1997.

nasciturus; siendo esta doctrina el marco constitucional desde el que procede enjuiciar los preceptos impugnados por este recurso; una doctrina consolidada, en tanto se mantiene por el TC 15 años más tarde en las citadas SSTC 212/1996 y 116/1999, y con una composición de sus miembros completamente distinta a la de 1985.⁵⁶⁷

Después de realizar un resumen de la STC 53/1985⁵⁶⁸, concluyen que el hecho que el TC sólo permita el aborto cuando exista una causa externa que lo justifique, refuerza la idea de que la mera alegación de los derechos a la libertad e intimidad de la mujer embarazada, sin que se acredite en el caso concreto la concurrencia de una situación excepcional, no basta desde la perspectiva constitucional para justificar el ataque a la vida humana que implica siempre el aborto; entendiendo que el nuevo supuesto de liberalización del aborto “a petición de la mujer” (art. 14) durante las 14 primeras semanas es contrario a la doctrina del TC sobre el art. 15 de la CE, al sacrificar el valor de la vida concebida a la mera voluntad no causal de la madre. Su defensa la basan en valoraciones tales como que el art. 14 introduce en el ordenamiento una vida humana de inferior categoría (la del ser humano de menos de 14 semanas), cuya vida puede ser eliminada por la mera voluntad de su madre, sin que el Estado haga nada por protegerla; en la idea de que la madre actúa sobre el *nasciturus* como lo haría con una parte de su cuerpo (“*mulieris portio*”) pudiendo eliminarlo sin necesidad de justificación ni valoración alguna, como si no se tratara de una vida humana distinta de la de ella; impidiendo que el Estado ejerza cualquier control sobre la destrucción total de ese valor, bastando con la decisión de la mujer para que quede automáticamente justificada la práctica del aborto; haciendo ver que la LO 2/2010 no cumple con lo dispuesto en el FJ 12 de la STC 53/1985, al entender que durante la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto esta Ley deja sin protección alguna la vida humana en formación, incumpliendo así el mandato constitucional de tutela efectiva.

Asimismo, los recurrentes alegan que no se puede compartir la afirmación del Dictamen del Consejo de Estado de 17 de septiembre de 2009, según la cual “la

⁵⁶⁷

La STC 212/1996, de 19 de diciembre, resolvía el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos; y la STC 116/1999, de 17 de junio, resolvía el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.

⁵⁶⁸

Sobre el resumen que hacen de la Sentencia los recurrentes, véase CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 194 y sig.

intervención determinante de un tercero en la formación de la voluntad de la mujer gestante, (esto es lo que la propia STC 53/1985 denominó "autodeterminación consciente", sea dicho tercero, pareja, médico, funcionario o juez) no ofrece una mayor garantía para el feto y a la vez limita innecesariamente la personalidad de la mujer, valor amparado en el artículo 10.1 de la Constitución y expresamente reconocido por el Tribunal Constitucional en las citadas Sentencias; porque entienden que es esa intervención ajena y desinteresada la que precisamente permite la valoración de los valores en conflicto, por lo que se convierte no en una mayor garantía para el feto, sino en su verdadera y única garantía, porque de lo contrario estaríamos ante un caso en que la continuación de una vida humana ya iniciada queda sometida a la mera decisión de otro ser humano, en este caso su propia madre, lo que no parece conforme con la obligación del Estado de proteger la vida humana en todo su proceso de desarrollo, de manera que el legislador no ha querido regular una garantía administrativa que pueda resultar mínimamente eficaz para la protección de la vida humana del *nasciturus*.

También con oposición a lo dicho en el Dictamen del Consejo de Estado antes indicado, los recurrentes fundamentan que las "pretendidas garantías administrativas" de protección dispuestas por la Ley son absolutamente insuficientes sin que puedan sustituir sin más a la garantía penal, ni justificar el sacrificio de la vida humana en formación. Añaden que la supresión de la garantía penal de la vida del *nasciturus*, en los casos en que la madre decide ponerle fin al embarazo exclusivamente por su deseo, vulnera el art. 15 de la CE, tal y como lo ha indicado la propia STC 53/1985, sin que la regulación de las garantías administrativas al tenor de la LO 2/2010, resulte a su juicio bastante para proteger de manera efectiva la vida del feto. Secundariamente, en el caso de no aceptarse esta consideración y de declararse que las garantías administrativas cumplen la función de protección del *nasciturus*, los recurrentes solicitan que se regulen dichas garantías de forma que puedan cumplir con su función, lo que no ocurre con el art. 17.2 y 5, en tanto la información es genérica sin que se prevea adaptación alguna al caso concreto, pues la entrega en sobre cerrado no deja constancia de su lectura y de que sirva a su fin. Concluyen que incluso admitiéndose la constitucionalidad del aborto en este caso, los artículos 14 y 17. 2 y 5 resultarían contrarios al art. 15 de la CE por no garantizar suficientemente la protección de la vida del *nasciturus*.

Por último, alegan la vulneración del art. 9.3 de la CE,⁵⁶⁹ por considerar que el art. 14 genera inseguridad jurídica tanto a la mujer como al médico o incluso a la protección del *nasciturus*, por no dejar claro el ámbito de lo punible, al no existir ninguna definición en la Ley que determine el período de impunidad, sin llegar a explicarse porque se ha establecido el plazo de impunidad en 14 semanas en vez de 12 o 16. Justifican la inseguridad jurídica en que si la gestación es el período que transcurre entre la implantación del óvulo fecundado en el útero y el parto, se debería determinar cuándo tiene lugar esa implantación que daría lugar a la gestación, considerando que los riesgos de error son muy grandes.

➤ **MOTIVO SEGUNDO:** Inconstitucionalidad del art. 15 a) de la LO 2/2010, por vulneración del art. 15 CE, en relación con el art. 10.1 y 2 CE y la doctrina del TC sobre dicho precepto.

Este motivo se basa en que la LO 2/2010 modifica el contenido de la indicación terapéutica que ya había sido declarada constitucional por el TC español, de manera que de las características indicadas en la anterior indicación terapéutica del art. 417 bis del CP, el nuevo art. 15 a) de la LO 2/2010 sólo mantiene de forma idéntica la concerniente a la necesidad de dictamen emitido por médico especialista, cambiando absolutamente la primera (al limitar el aborto a las 22 primeras semanas de embarazo), y modificando sustancialmente la segunda en uno de sus aspectos, en tanto, junto al “grave riesgo (peligro) para la vida de la embarazada”, el segundo presupuesto de hecho que justifica la despenalización de la interrupción del embarazo por este motivo ya no va a ser ese “grave riesgo para la salud física o psíquica” de la gestante, sino para su “salud”, sin más especificación. En definitiva, los demandantes alegan que la nueva Ley de plazos, al no distinguir entre salud física y psíquica, implica la extensión de este supuesto de despenalización del aborto a ámbitos distintos de la salud física o psíquica, en virtud del art. 2 a) de la LO 2/2010, que define el término salud como “el estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Un cambio que para ellos tiene una gran relevancia, “puesto que supone una extensión absolutamente injustificada del aborto terapéutico que puede llevar en

569

Establece el 9.3 de la CE: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

muchos casos a desvalorizar de forma inadmisibles la vida humana del *nasciturus* frente a un valor de mucha menor entidad, como es el “bienestar social”, vulnerando la doctrina sentada por el TC sobre la aplicación del art. 15 CE a la vida humana en formación.” Es más, consideran que incluso partiendo de lo afirmado por el TC en la STC 53/1985, la actual regulación contiene unas modificaciones que, al ponerse en relación con el art. 15 de la CE y la doctrina constitucional que lo interpreta, no pueden sino calificarse de inconstitucionales, porque el art. 15 a) posibilita la interrupción del embarazo con base a un grave riesgo para la salud de la mujer, permitiendo que se haga referencia a la salud social sin existir una ponderación adecuada entre los bienes jurídicos en conflicto y sin que exista un control efectivo de la causa del aborto, permitiéndose el sacrificio del *nasciturus* más allá de lo expresamente autorizado.

➤MOTIVO TERCERO: Inconstitucionalidad del art. 15 b) y c) de la LO 2/2010, por vulneración de los artículos 9.3, 10, 14, 15, 43 y 49 de la CE, en relación con el art. 10.1 y 2 de la CE y la doctrina del TC sobre dicho precepto.

Los recurrentes fundamentan la contrariedad del art. 15 b) y c) de la LO 2/2010 con el art. 9.3 de la CE, alegando la imprecisión de los términos utilizados por este precepto para determinar las situaciones que conforman cada uno de los supuestos de impunidad de la indicación embriopática de la nueva Ley de plazos. Esto es, expresiones tales como “riesgo de graves anomalías en el feto”, “anomalías fetales incompatibles con la vida”, “enfermedades extremadamente graves e incurables”, llegando a alegar que dichas expresiones generan una absoluta inseguridad jurídica para los intervinientes en el aborto, que supone la desprotección de la vida humana en formación. Además, entienden que dicha regulación posibilita el fraude de ley, al poderse ajustar cada situación de conflicto al supuesto de impunidad más beneficioso para la embarazada y más perjudicial para la vida del feto, declarándose la ineficacia del mandato de tutela efectiva de la vida del *nasciturus*.

Asimismo, alegan que el art. 15 b) y c) infringe los artículos 14 y 15 de la CE (concernientes a los derechos a no ser discriminado y a la vida), considerándolo asociado a las teorías eugenésicas del nazismo que defendían la idea de la existencia de vidas carentes de valor o que son una carga, inadmisibles en un Estado de Derecho independientemente de la gravedad de la discapacidad del futuro niño, quien no sólo tiene derecho a no ser discriminado sino también a que las Autoridades públicas apoyen su discapacidad, de manera que además de negarle a los discapacitados su derecho a

nacer, se está legalizando la variedad de trato directamente basada en la diversidad funcional. En definitiva, fundamentan que el mantenimiento de la vigencia de un aborto eugenésico supone discriminar a los seres humanos discapacitados en relación con los demás, debiendo declararse que el art. 15 b) y c) contradice frontalmente el art. 14 CE.

Continúan diciendo que “aun existe un tercer motivo para propugnar la inconstitucionalidad del citado art. 15 b) y c)”, en tanto vulnera el art. 43 de la CE, que impone al Estado proteger, organizar y tutelar la salud a través de medidas preventivas, y de prestaciones y servicios; mientras con la LO 2/2010, el Estado y las demás Administraciones sanitarias renuncian, en alguna medida, a proteger la salud y atender adecuadamente a unos seres humanos cuya discapacidad permite que sean sometidos a un aborto. Por las mismas razones, también entienden vulnerada la obligación del Estado de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación, integración y atención especializada a las personas con discapacidad y de amparar sus derechos en igualdad con los demás seres humanos (art. 49 CE).

Y finalmente, consideran que las garantías de la legislación anterior (sistema de indicaciones) han desaparecido, dando lugar a una mayor desprotección del feto. En primer lugar, por considerar que la posibilidad de practicar abortos a fetos que cuentan con más de 22 semanas de gestación, permitiéndose acabar con una vida humana enferma o con anomalías fetales que pueden ser incompatibles con la vida, lo que la convierte en una vida humana de segunda categoría e inferior condición, suponiendo una desprotección desproporcionada e injustificable de la vida del feto, sin que exista ningún valor digno de reconocimiento que pueda oponerse, vulnerando el art. 15 de la CE tal y como fue interpretado por el TC en su STC 53/1985; además del riesgo que supone para la gestante el aborto de un feto tan desarrollado. En segundo lugar, por entender que el supuesto del art. 15 c) reduce las garantías externas de control del supuesto de hecho, al no requerirse, en el caso de anomalías graves, más que el dictamen de un especialista (no de dos, como en el caso regulado en 1985).

➤MOTIVO CUARTO: Inconstitucionalidad del art. 12 de la LO 2/2010, por vulneración del art. 15 CE, tal y como ha sido interpretado por el TC.

Según los recurrentes el art. 12 de la LO 2/2010 debe ser declarado inconstitucional al disponer que las condiciones que permiten el acceso y realización de la interrupción voluntaria del embarazo, se deben interpretar en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en

particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación. Es decir, en principio, cualquier interpretación normativa que se realice, debe otorgar especial relevancia a dichos derechos fundamentales de la mujer embarazada, y por consiguiente, si legalmente se fija de antemano y como regla general que cualquier situación de conflicto debe interpretarse favorable a la mujer embarazada, se está imponiendo un criterio legal que resulta contrario a la forma en que el TC ha interpretado el art. 15 de la CE en relación con la vida humana que está en el seno de su madre, en tanto la STC 53/1985 señala que en los casos de aborto siempre tiene lugar un conflicto de valores en cuya resolución no deben “prevalecer incondicionalmente” los intereses legítimos de uno u otro, sino que corresponde, primero al legislador, y luego al intérprete constitucional “ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos” (FJ 9). Es más, señalan que, mientras tanto, en este caso la necesidad constitucional de ponderar se ve sustituida por la decisión legal de interpretar las normas y condiciones siempre en el sentido más favorable a los derechos de la mujer, que no deja de ser una de las partes del conflicto.

➤MOTIVO QUINTO: Inconstitucionalidad del art. 13.4 de la LO 2/2010, y, con relación a él, de la disposición final segunda de la citada LO, por vulneración de los artículos 15, 27.3 y 39.1 y 4 CE, en relación con el art. 10.1 y 2 CE.

Los recurrentes alegan la inconstitucionalidad del art. 13.4 de la LO 2/2010 por otorgar validez al consentimiento de las menores de edad de 16 y 17 años para la interrupción voluntaria del embarazo, entendiéndolo contrario a la obligación que impone la CE y los Tratados internacionales de dar prioridad a la seguridad y al bienestar del menor, por lo que estiman vulnerado el art. 10.2 de la CE; e igualmente entienden vulnerados los derechos de los padres a dar a sus hijos la formación moral que esté de acuerdo a sus propias convicciones, recogido en el art. 27.3 de la CE. En otras palabras, los demandantes conciben que dicha validez suponga una desprotección doble de la vida humana en formación, en lo concerniente a la interrupción del embarazo a petición de la mujer del art. 14, en tanto la misma queda desprotegida tanto por la Ley como por el propio consentimiento de la menor.

Según los demandantes “llama poderosamente la atención el hecho de que la Ley de plazos, para fijar el límite a partir del cual no se necesita el consentimiento de padres o

tutores para decidir sobre la interrupción del embarazo, haya establecido un criterio objetivo (el de la edad: ser mayor de 16 años) y no uno subjetivo (el de la madurez psicológica), habida cuenta de que éste último es el único que podría encontrar una cierta justificación desde la perspectiva del respeto a la libertad de la menor, que parece ser el motivo que explica el cambio legal operado por la nueva norma”, de manera que “se está permitiendo que se adopte una decisión de gravísimas consecuencias para esa menor sin que exista el más mínimo dato que avale que su decisión es el resultado de una deliberación libre, racional y ponderada de las circunstancias existentes”, a la vez que “se le priva del consejo de sus padres o tutores, abocándola a la única información que consta en el sobre escrito y cerrado que se le entrega en el centro sanitario y a lo que verbalmente se le pueda indicar en el propio centro”; y a los padres “se les oculta un hecho de tal trascendencia personal” sin que estos puedan asesorar, acompañar y aconsejar a su hija menor de edad infringiéndose en consecuencia el principio de protección de la familia consagrado en el art. 39.1 de la CE.

Posteriormente, alegan la vulneración del art. 15 de la CE, en tanto este consentimiento conlleva a una desprotección aún mayor al *nasciturus* “al preverse que la decisión sobre la terminación del embarazo sea adoptada por quien carece de capacidad de juicio suficiente para tomar una decisión de tanta trascendencia para la vida del *nasciturus*”, donde la no intervención de los representantes legales de la menor disminuye las garantías tanto para la propia menor embarazada, que puede verse implicada en la comisión de un delito, como para los depositarios de la patria potestad; para los padres a quienes se priva del derecho a transmitir su opinión a su hija embarazada y contribuir así a formar sus convicciones; y para la vida humana del *nasciturus* que en este caso puede ser sacrificada sobre la base de un consentimiento incompleto y no por lo tanto no plenamente libre y maduro, dado que legalmente se ha excluido la contribución que para la formación del mismo supone la intervención de los padres de la menor embarazada.”

➤MOTIVO SEXTO: Inconstitucionalidad del artículo 19.2 párrafo primero de la LO 2/2010, por vulneración de los artículos 16.1 y 2, y 18.1 de la CE

Los demandantes alegan la inconstitucionalidad de la regulación del derecho a la objeción de conciencia en la nueva LO 2/2010, entendiendo que dicha regulación crea restricciones injustificadas y desproporcionadas que afectan al contenido esencial de este derecho, en tanto se limita el alcance subjetivo y formal del derecho a la libertad ideológica y se le quita prioridad a este derecho fundamental ante otros valores de menor

entidad que se enfrentan a este durante el conflicto de valores surgido en torno al aborto, hasta el punto de considerar que esta norma sólo coincide con la doctrina constitucional de la STC 53/1985, en el reconocimiento de la existencia del derecho a objetar la intervención en interrupciones de embarazos.

Primeramente, alegan que el art. 19.2 de la LO 2/2010⁵⁷⁰ establece varias medidas para garantizar la prestación de la interrupción del embarazo por los servicios de salud, permitiendo únicamente acogerse a la objeción de conciencia a los profesionales que se encuentren “directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo”, lo que genera una grave inseguridad jurídica acerca de quién puede acogerse o no a ese derecho al no determinarse en la Ley qué se entiende por una implicación directa en un aborto. Sin embargo, más adelante los mismos demandantes indican que el derecho a la objeción de conciencia “corresponde a los profesionales que, precisamente por razón de su oficio, pueden *a priori* ser requeridos para participar en la práctica de abortos”.

Asimismo, entienden inadmisibles el límite que el mismo art. 19.2 establece al derecho de objeción de conciencia, en cuanto se puede ejercitar, siempre y cuando “el acceso y la calidad asistencial de la prestación no puedan resultar menoscabadas” por el ejercicio de dicho derecho. Consideran que esta cuestión es una exigencia contraria al art. 16.1 de la CE, por vulnerar frontalmente la libertad ideológica y de conciencia de los profesionales sanitarios, pues el derecho a la objeción no se considera preferente en todo caso, sino que se subordina a que en el caso concreto se pueda realizar la prestación. Así, defienden, en caso de conflicto entre el derecho de la mujer embarazada a la utilización de los mecanismos prestacionales que le confiere la ley y el derecho del objetor

570

Textualmente el art. 19.2 de la LO 2/2010 establece: “La prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo se realizará en centros de la red sanitaria pública o vinculados a la misma. Los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo. Si excepcionalmente el servicio público de salud no pudiera facilitar en tiempo la prestación, las autoridades sanitarias reconocerán a la mujer embarazada el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional, con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la prestación.”

a no ser discriminado por el hecho de su objeción, la prevalencia del derecho a la objeción por gozar de carácter fundamental al ostentar la categoría de derecho fundamental.

Y por último, los demandantes conciben indistintamente vulnerado el derecho a la objeción de conciencia por el art. 19.2, al instaurar la obligatoriedad de la manifestación anticipa y por escrito del rechazo o la negativa a realizar la intervención de la interrupción del embarazo por razones de conciencia; considerando que se trata de “requisitos innecesarios, desproporcionados y que restringen injustificadamente el ejercicio de un derecho fundamental, por lo que vulneran el principio de proporcionalidad que el legislador debe respetar cuando regula materias atinentes a derechos fundamentales”, sobre todo a causa de que la LO 2/2010 no concreta cuándo, ni de qué manera debe realizarse dicha manifestación, y puesto que se obliga a revelar un dato que afecta a la intimidad del objetor, sin que exista una razón objetiva que verifique el requisito formal de hacerlo por escrito, lo cual, además, facilita el archivo de datos personales e íntimos de los objetantes con la única finalidad de agrupar a personas en función de sus creencias y convicciones morales.

En definitiva, los recurrentes conciben que la regulación de la objeción de conciencia del art. 19.2 de la Ley de plazos se caracteriza por establecer límites que restringen el ejercicio del único derecho fundamental en conflicto, el reconocido en el art. 16.1 CE,⁵⁷¹ hasta el punto de condicionarlo a una previsión de naturaleza puramente burocrática como es la “calidad” de la prestación.

➤ **MOTIVO SÉPTIMO:** Inconstitucionalidad del art. 5.1.e) de la LO 2/2010, por vulneración de los arts. 9.3, 16.1, 20.1.c) y 27.3 CE.

Los demandantes consideran inconstitucional el art. 5.1 e) de la LO 2/2010, relativo a los objetivos de la actuación de los poderes públicos en lo referente a las políticas para la salud sexual y reproductiva, por vulnerar los artículos 9.3, 16.1 y 27.3 de la CE, en relación con el art. 10.1 y 2 de la CE, pues a su juicio que los poderes públicos deban garantizar la educación sanitaria integral y con perspectiva de género sobre salud sexual y reproductiva significa imponer que dicha educación sanitaria deba ser impartida a partir de un término impreciso (“con perspectiva de género”) e imponiendo a los profesores la

571

Que garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

explicación de una materia conforme a una ideología determinada, lo que vulnera los derechos y libertades de alumnos y padres, así como la libertad de cátedra de los profesores consagrada en el art. 20.1 c) de la CE que resulta indistintamente quebrantado.

Para los demandantes la expresión “perspectiva de género” es un término indeterminado cuyo contenido se puede intuir pero que se desconoce legalmente en un contexto de habilitación de competencias estatales (cuando no de obligaciones administrativas frente a derechos de los particulares de rango constitucional), lo que genera inseguridad jurídica para los particulares afectados que no es exigible soportar en términos constitucionales conforme a las exigencias del art. 9.3 de la CE.⁵⁷² Además, consideran que la imposición a los poderes públicos de garantizar la educación sobre una cuestión que afecta a la intimidad de las personas desde una perspectiva ideológica determinada, en concreto, desde la perspectiva de género, supone a su vez una exigencia para los poderes públicos que deben garantizar que la educación sanitaria y sexual se realice con un sesgo ideológico determinado, lo que contraría los arts. 16.1 (libertad ideológica y religiosa) y 27.3 CE (derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral acorde a sus propias convicciones) tal y como han sido interpretados por el TC y por los Tribunales que se han pronunciado sobre los Convenios y Tratados internacionales ratificados por España relativos a los derechos fundamentales de las personas, por lo que al entender de los recurrentes debería ser declarado contrario a la CE. En definitiva, entienden que obligar a explicar y estudiar la educación sanitaria y sexual desde una perspectiva determinada, es tanto como decir desde una ideología determinada; señalan que según la interpretación que de los preceptos constitucionales ha realizado la jurisprudencia española, los poderes públicos no pueden adoptar una ideología o creencia determinada para ofrecer una disciplina, porque ello lesionaría tanto su debida imparcialidad ideológica y religiosa derivada del respeto a la propia de los ciudadanos que garantiza el art. 16.1 CE, como el derecho fundamental a que se refiere el art. 27.3 CE.

⁵⁷²

En lo concerniente a las garantías jurídicas que ofrece la Constitución (garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos).

- MOTIVO OCTAVO: Inconstitucionalidad del art. 8 *in limine* y letras a) y b) de la LO 2/2010, por vulneración de los arts. 16.1, 20.1.c) y 27.10 CE.

Según este motivo, los demandantes entienden la inconstitucionalidad del art. 8 de la LO 2/2010 tanto en su introducción como en sus letras a) y b), en tanto dispone que la formación de profesionales de la salud se abordará con perspectiva de género e incluirá 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 formación en la práctica clínica de la interrupción voluntaria del embarazo; incluida la práctica de la interrupción del embarazo.

Defienden la inconstitucional de este precepto a partir de la introducción de una doble obligación para las autoridades educativas y sanitarias: por un lado, que todos los programas de formación se aborden desde una perspectiva de género (por las razones expuestas en el motivo de inconstitucionalidad séptimo); y por otro lado, que los estudios de las carreras de medicina y demás relacionadas con la salud, así como cualquier otro medio de formación del personal médico y sanitario, incluya la práctica clínica de la interrupción voluntaria del embarazo. Para ellos, ambas exigencias son incompatibles con la libertad ideológica de los profesores y alumnos regulada en el art. 16.1 de la CE, puesto que la participación práctica y académica en una interrupción del embarazo también puede atentar directamente contra las convicciones morales e ideológicas del estudiante o del profesor, de modo que defienden, que al no contemplarse la objeción de conciencia para alumnos y profesores respecto a la práctica clínica de abortos, este precepto resulta inconstitucional.

Los demandantes igualmente se escudan en la vulneración de la libertad de la enseñanza de los centros educativos y la autonomía universitaria consagrada en el art. 27.10 de la CE, entendiendo que esta Ley no puede imponer a una Universidad la enseñanza de una determinada materia (obligándola a que la incorpore a sus planes de estudios de determinadas carreras), pues como ha señalado el TC cada Universidad puede y debe elaborar sus propios Estatutos (STC 156/1994) y sus planes de estudio e investigación (STC 187/1991), y no en vano, se trata de configurar la enseñanza sin intromisiones extrañas (STC 179/1996).

Del mismo modo, alegan la vulneración de la libertad de cátedra de los profesores, regulada en el art. 20.1 c) de la CE. Entienden la Ley de plazos, absolutamente extraña al sistema educativo, pretende imponer a todas las Universidades la enseñanza de una

materia determinada, especificando además el modo a través del cual debe impartirse la “práctica clínica” de la interrupción del aborto. No dejan de escudarse en que el hecho que el derecho a la objeción de conciencia vaya a ser desarrollado por normas posteriores que le den un contenido determinado, no le quita el contenido jurídico perfectamente definido que lo hace aplicable y operativo, de forma que las regulaciones que se refieran a las materias que en ellas se refieren deberán tomarlo en consideración y establecer o adaptar su contenido a lo que en él se establece.

En último lugar, los demandantes reflexionan que para apreciar el acaecimiento de las perspectivas de los artículos 5 apartado 1 letra e (relativo a los objetivos de la actuación de los poderes públicos en lo referente a las políticas para la salud sexual y reproductiva analizado en el motivo anterior) y 8 (formación de profesionales de la salud desde la perspectiva de género) de la LO 2/2010, en los ámbitos de libertad garantizados por los art. 16.1 y 27.3 y 10 de la CE, debe tenerse en cuenta que la pluralidad de concepciones y criterios filosóficos y morales existentes, así como de conceptos y términos vinculados a la perspectiva de género, son propios únicamente de una determinada visión de la sexualidad que no es compartida por muchos españoles, a quienes no se les puede imponer ni en la educación ni en la sanidad una visión ideológica y cultural que no comparten; aún cuando, a mayor abundamiento, tales términos y conceptos no gozan de una interpretación ni pacífica ni compartida en la comunidad internacional. Consideran que imponerlos como conocimiento irrefutable y obligar a todos los afectados (padres, menores, profesores, estudiantes) a pasar por ese dogma no es conforme con los valores, derechos y libertades garantizados por una Constitución que precisamente tiene como uno de sus rasgos definitorios el máximo respeto por la libertad ideológica y el respeto a la propia conciencia.

5. *El debate sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*

En su momento, el debate sobre la despenalización del aborto mediante el sistema de las indicaciones del antiguo art. 417 bis del CP, se centraba en la inclusión del *nasciturus* en el término “todos” del art. 15 de la CE; pero de cara a la nueva Ley de plazos, este debate se centra en interpretar hasta qué punto el sistema del plazo con asesoramiento de la LO 2/2010, cumple con el deber positivo de protección de la vida humana en formación que establece la STC 53/1985.

No obstante, como veremos a continuación, existen otras cuestiones importantes que también son objeto de debate en torno a la interrupción voluntaria del embarazo de la LO 2/2010, como por ejemplo el respeto de los derechos fundamentales de la mujer, la regulación del consentimiento de las menores de edad de 16 y 17 años, etc.

5.1. La superación de las deficiencias del sistema de indicaciones a partir de la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

Como vimos precedentemente, el sistema de indicaciones del art. 417 bis del CP presentaba algunas deficiencias graves que impedían la práctica del aborto bajo circunstancias capaces de respetar los derechos fundamentales de las mujeres, el ejercicio de los mismos en condiciones de igualdad, llegando incluso a exponer a las mujeres y al personal sanitario a la vacilación de verse sometidos a un proceso judicial posterior a la práctica del aborto.⁵⁷³ Estas deficiencias que en gran parte se debían a la propia naturaleza del modelo de las indicaciones, que niega a la mujer embarazada la posibilidad de rechazar de manera autónoma y libre una maternidad no deseada durante todo el embarazo, lo que hacía que sus derechos resultaran impracticables.

Ahora cabe analizar si la nueva Ley de plazos supera dichas deficiencias, y si las fórmulas utilizadas para superarlas cumplen los requerimientos establecidos por la jurisprudencia constitucional española.

573

Recuérdese que la realidad social había demostrado que este sistema ni siquiera garantizaba adecuadamente la interrupción del embarazo en los supuestos previstos en las indicaciones. La mujer embarazada, y sobre todo el personal sanitario que intervenía en la práctica del aborto, sufrían la inseguridad jurídica propia de este modelo, pudiendo verse inmersos en procesos judiciales posteriores a la ejecución del aborto, encauzados para comprobar el cumplimiento de todos los requisitos formales del sistema y de la indicación alegada, como condicionante de la legalidad de la interrupción del embarazo. Con la agravante -como ponía de manifiesto la jurisprudencia- de encontrarse con apreciaciones desiguales e injustas, de los peritos o los jueces a la hora de entrar a valorar la efectiva concurrencia de los presupuestos propios de la indicación alegada. Esta situación y la falta de regulación del Derecho a la objeción de conciencia, generó una objeción masiva entre el personal sanitario de los servicios de ginecología y obstetricia de los hospitales públicos, que dificultó e imposibilitó el acceso al aborto legal y gratuito, para las mujeres de algunas ciudades españolas. En definitiva, estas deficiencias evidenciaron que el sistema de indicaciones del CP español, no protegía de manera efectiva el bien jurídico constitucional de la vida humana en formación. Véase supra 1ª, II, 6.

a) El respeto de los derechos fundamentales de la mujer embarazada

El conjunto de derechos de la mujer embarazada implicados en el problema del aborto indicado no es cualquier tipo de derechos, sino que se trata de un conjunto de bienes jurídicos constitucionales que constituyen auténticos derechos fundamentales y principios fundamentales de la Constitución.

Estos derechos fueron enumerados con detalle en la propia STC 53/1985, exactamente en el FJ 8: *“Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1)”*.

CUERDA ARNAU considera indiscutible que la decisión de la gestante a tener o no el hijo que lleva dentro es una cuestión que pertenece al núcleo duro de derechos fundamentales; examina que algunos sitúan ese núcleo en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, otros en la intimidad entendida en un sentido cercano a la *privacy* norteamericana, y otros en la idea de dignidad; en consecuencia, cree que de todos esos fundamentos son excelentes soportes para apoyar la inconstitucionalidad de una norma que imponga limitaciones que impidan o desnaturalicen lo que en realidad es un derecho a la “autonomía procreativa”, al que debe reconocerse un lugar propio como proyección de la libertad, de la que se deriva el derecho y el deber de las personas a decidir por sí mismas en las cuestiones fundamentales de su vida.⁵⁷⁴

Por su parte, VIVES ANTÓN señala que si la STC 53/1985 afirma que a la dignidad humana y al derecho al libre desarrollo de la personalidad se anuda un haz de derechos fundamentales, para que una Ley sea constitucionalmente legítima debe respetar el contenido esencial de ese conjunto de derechos fundamentales, independientemente que frente a los mismos se alza un mero interés o bien jurídico (la vida del *nasciturus*) con toda la relevancia constitucional que se quiera; de manera que el auténtico problema

574

Véase CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 207 y sig.

constitucional es determinar si efectivamente el legislador ha cumplido su obligación constitucional de respetar los derechos de la mujer.⁵⁷⁵

Afirmaré ahora que es la propia naturaleza del conjunto de derechos fundamentales de la mujer implicados en el aborto la que avala la constitucionalidad de un modelo despenalizador que permita a la mujer embarazada abortar por los motivos que considere oportunos, porque como dice VIVES ANTÓN, el derecho de la mujer al libre desarrollo de su personalidad comporta, por consiguiente, que las razones por las que pueda interrumpir su embarazo sean sus propias razones, no las que el legislador estime oportuno imponerle, de manera que reducir la libertad al ámbito de lo que parezca moralmente respetable, es sencillamente negarla.⁵⁷⁶

Sin embargo, la constitucionalidad de un modelo despenalizador que permita a la mujer embarazada abortar por los motivos que considere oportunos, también dependerá de que se cumplan los requerimientos constitucionales relativos a la tutela efectiva de la vida prenatal, independientemente de que el legislador no pueda imponer a la mujer la obligación de tener un hijo porque con ello estaría limitando sus derechos fundamentales, hasta el punto de convertirlos en impracticables. Pero no por ello se debe olvidar que, como señala CUERDA ARNAU, el respeto del conjunto de derechos de la mujer, exige rechazar cualquier modelo que deje a lo largo de toda la gestación en manos de un tercero la decisión de abortar, siendo constitucionalmente exigible articular un sistema que otorgue a la mujer el derecho a decidir sobre la propia maternidad de manera autónoma durante un periodo de tiempo que pueda considerarse suficiente, resultando inadmisibles cualquier plazo que *de facto* someta el ejercicio del derecho de la mujer a una limitación que lo hiciera inefectivo, o a otra condición que pudiera suponer la intromisión injustificada en la formación de su voluntad, siendo también imprescindible que el asesoramiento garantice que la decisión última efectivamente le corresponde a ella.⁵⁷⁷

Por tanto, para lograr el respeto de los derechos fundamentales de la mujer embarazada en torno a la interrupción voluntaria del embarazo, y superar la deficiencia

⁵⁷⁵

En este sentido VIVES ANTÓN, Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional. El problema del aborto consentido, REDC, núm. 15, 1985, 152.

⁵⁷⁶

Cfr. VIVES ANTÓN, Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional. El problema del aborto consentido, REDC, núm. 15, 1985, 152.

⁵⁷⁷

En este sentido CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, El debate, 2012, 209 y sig.

que nos ocupa, era necesario otorgarle a la mujer embarazada la decisión última sobre el aborto, al menos durante un periodo de tiempo suficiente para permitirle el ejercicio de todos los derechos que le puedan resultar limitados o vulnerados; sin ejercerse ningún tipo de presión o exigencia sobre ella que pudiera perturbar su voluntad autónoma y libre para decidir sobre el aborto, garantizándose así que la decisión última sobre la interrupción del embarazo efectivamente le corresponde a la mujer. Lo anterior, obviamente, teniendo en cuenta el deber estatal de proteger de manera efectiva la vida del *nasciturus* durante todo su desarrollo gestacional.

En concordancia, la Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo establece entre sus objetivos del art. 1, garantizar los derechos fundamentales de las mujeres embarazadas en torno a la salud sexual y reproductiva, y por tanto, el respeto de los mismos en relación con la interrupción voluntaria del embarazo.

Para alcanzar este objetivo, la LO 2/2010 opta por concederle a la mujer embarazada, durante las primeras 14 semanas de gestación, la posibilidad de decidir de manera autónoma y libre sobre su propia maternidad, pudiendo interrumpir el embarazo por los motivos que ella considere oportuno, sin tener que dar ninguna razón o explicación al respecto.⁵⁷⁸

Adviértase que para mantener el logrado respeto de los derechos fundamentales de la mujer durante el periodo inicial de impunidad, también durante el asesoramiento previo resultaba indispensable salvaguardar la voluntad libre y autónoma de la mujer para decidir sobre su maternidad. De ahí que la LO 2/2010 se ocupase del asesoramiento de manera especialmente cuidadosa, velando porque no se acordasen condiciones ni requisitos que pudieran suponer una intromisión injustificada en la formación de la voluntad libre de la mujer, pues como señala VIVES ANTÓN, el reconocimiento de la libertad implica la

578

Por esta razón, el consentimiento de la mujer embarazada es el requisito común más importante de los que deben mediar en la interrupción voluntaria del embarazo a petición de la mujer, pues se trata de un sistema asentado en la libertad de decisión de la mujer sobre su embarazo, durante un periodo inicial de impunidad, atañendo un consentimiento expreso y libre para autorizar la práctica del aborto. Así, la voluntad de la mujer, ya sea dirigida a continuar con el embarazo y afrontar la maternidad, o bien a interrumpir la gestación, juega un papel importantísimo al tenor de la actual Ley de plazos española, en tanto la mujer decide libremente sobre su maternidad en uno u otro sentido. LAURENZO COPELLO, *Doctrina*, 2012, 113: “El consentimiento de la embarazada marca el límite mínimo para la legalidad de la interrupción del embarazo porque es precisamente su voluntad de no continuar con la gestación la que produce la necesidad de concederle un espacio de autonomía para decidir.”

ausencia de cualquier clase de constricción de la misma frente a las diversas opciones morales.⁵⁷⁹

Para lograr este propósito, la Ley garantiza en todo momento la objetividad de la asesoría, a través de la ausencia de toda dominación psicológica hacia la mujer. Esta objetividad se requiere expresamente en el inciso 5 del art. 17, al indicar que la información debe ser clara, objetiva y comprensible. Mediante la entrega de la información en sobre cerrado (párrafo final del inciso 2 del art. 17), sin utilizar la entrevista personal como medio de transmisión de la información, se garantiza el pleno respeto de la dignidad de la mujer, evitando asesores que puedan ejercer algún tipo de presión sobre ella irrespetando su libertad de decisión (independientemente de que la Ley ofrezca a la mujer la opción de recibir el asesoramiento previo verbalmente). Igualmente, se evita desvirtuar la naturaleza del modelo del plazo, que no es otra que otorgar la decisión última sobre el aborto a la mujer durante un plazo inicial de impunidad. En otras palabras, la Ley 2/2010 ofrece un trato respetuoso para la mujer, pues no se le disuade de acto alguno (reconociéndole efectivamente su libertad de decisión), sino que sólo se le informa sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, anticoncepción y centros de asesoramiento previo y posterior a la interrupción del embarazo (art. 17.2 de la LO 2/2010), con la finalidad de contribuir a través de la información a una decisión reflexiva por su parte en lo concerniente al aborto.⁵⁸⁰

Conviene destacar ahora que la objetividad y sobre todo el trato respetuoso para los derechos de la mujer y para su dignidad alcanzados por la LO 2/2010 durante el asesoramiento previo, difícilmente se hubiesen conseguido de haberse optado por la entrevista personal para ofrecer la información a la mujer.⁵⁸¹

⁵⁷⁹ Véase VIVES ANTÓN, Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional. El problema del aborto consentido, REDC, núm. 15, 1985, 152.

⁵⁸⁰ Recuérdese que el tipo de información de la que se trata dispone el objeto de la misma, es decir, proteger la vida humana en formación, pudiendo resultar perfectamente capaz de hacerla decidirse a favor de la continuidad del embarazo; y en cualquier caso, con dicha información se pretende establecer las condiciones precisas para que la mujer tome una decisión informada, meditada y en cualquier caso libre.

⁵⁸¹ CUERDA ARNAU, RP, núm. 25, 2010, 29: "No podría llegarse, sin embargo, a la misma conclusión de aceptarse la propuesta contenida en el informe aprobado por la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial, de que el asesoramiento deba tener lugar en una entrevista personal con el facultativo. Aunque ciertamente el asesoramiento no pueda acabar convertido en un acto de mero trámite, no hay por qué concluir que eso sólo se

Desde la perspectiva constitucional, pareciera que la imparcialidad que conquista la Ley española de plazos a efectos del asesoramiento previo es la única medida conforme con las exigencias constitucionales de la STC 53/1985, lo que no sucede en el caso del modelo del plazo con asesoramiento alemán, donde existe una arbitraria intromisión en la formación de la voluntad de la mujer, al orientarse la asesoría a animar a la mujer para continuar con el embarazo (inciso 1 del § 219 del CP alemán), de manera que no existe un verdadero reconocimiento de la libertad de la mujer para decidir sobre su aborto.⁵⁸²

En síntesis, mediante el otorgamiento de la decisión libre sobre la interrupción del embarazo a la mujer embarazada durante el plazo inicial de impunidad de las primeras 14 semanas de gestación, esta Ley logra respetar el derecho de autonomía procreativa de la mujer, derivado de sus derechos fundamentales a la libertad y a la intimidad, respetando también su dignidad como persona y el libre desarrollo de su personalidad. Derechos que hasta ahora habían sido menospreciados por el ordenamiento jurídico español en muchos casos, porque la mayoría de supuestos de embarazo no deseado quedaban fuera de los condicionales de impunidad del antiguo art. 417 bis del CP, llegando a convertir los derechos de las mujeres en derechos “irreconocibles” e “impracticables, respecto de los cuales no se respetaba su contenido esencial, porque las mujeres no podían ejercerlos en ningún momento del embarazo.

Por tanto, se puede concluir que la LO 2/2010 formaliza todos los elementos necesarios hasta lograr el respeto de todos los derechos fundamentales de la mujer en torno al aborto (garantizando la imparcialidad del asesoramiento previo y la decisión libre y autónoma sobre el aborto a la mujer), superando así la deficiencia que nos ocupa.

evita con una entrevista personal. Sólo en las hipótesis de interrupción del embarazo por causas médicas podría estar justificado el recurso a la entrevista, puesto que las concretas circunstancias que afectan al proceso de gestación y al *nasciturus* pueden ser muy diferentes en cada caso y un asesoramiento individualizado sobre la situación específica no es fácil que pueda suministrarse en un documento estandarizado. Por el contrario, en la interrupción del embarazo que podríamos llamar “ordinario”, la información escrita –si su contenido es el adecuado– y la posibilidad de solicitar voluntariamente y obtener efectivamente asesoramiento personal, están en condiciones de cumplir la función de garantía sin tener que someter a la mujer a una entrevista personal, cuya carga emocional es indiscutiblemente mayor y no reporta ventajas apreciables.”

⁵⁸²

De esta opinión CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 210.

b) El restablecimiento del principio de legalidad

Otro de los objetivos principales de la LO 2/2010 (art. 1) es garantizar la seguridad jurídica de las mujeres embarazadas y del personal sanitario que participan en el aborto, toda vez que el anterior sistema de indicaciones (art. 417 bis del CP) presentaba una carencia muy grave en seguridad jurídica para las personas que intervenían en el aborto, lo que dio lugar a sentencias desiguales e injustas a partir de la comprobación judicial del cumplimiento de los requisitos formales de la indicación alegada, que en definitiva era el determinante de la legalidad del aborto.

Este propósito también es prevenido en la Exposición de Motivos de esta Ley, haciéndose referencia a las incertidumbres y prácticas que han afectado a la seguridad jurídica con consecuencias tanto para la garantía de los derechos de las mujeres, como para la eficaz protección del bien jurídico penalmente tutelado de la vida prenatal, lo que también ha puesto en riesgo a los profesionales sanitarios (como enfatiza la STEDH de 20 de marzo de 2007). Así, se reconoce la necesidad de abogar por una regulación de la interrupción voluntaria del embarazo presidida por la claridad en donde queden adecuadamente garantizadas tanto la autonomía de las mujeres, como la eficaz protección de la vida prenatal como bien jurídico.⁵⁸³

La LO 2/2010 alcanza este propósito en el momento que concede a la mujer embarazada la decisión libre y autónoma sobre el aborto durante las primeras 14 semanas de gestación. De esta manera, la Ley logra restablecer el principio de legalidad, dejando atrás la incertidumbre y la falta de seguridad jurídica del antiguo régimen de indicaciones, pues reconociendo la decisión libre y autónoma de la mujer sobre el aborto durante dicho periodo, no deja sitio a posibles interpretaciones contrarias a la Ley. Así que, ya no existe posibilidad de realizar interpretaciones *contra legem* sobre el cumplimiento de requisitos o la concurrencia de circunstancias que determinan la legalidad del aborto, en tanto se flexibiliza la legalidad del mismo hasta el punto que no debe mediar motivo alguno, sino tan sólo la libre y consentida decisión de la mujer a abortar, evidentemente, encontrándose dentro de las primeras 14 semanas de embarazo y cumpliéndose las exigencias formales que dispone la Ley (que nada tienen que ver con

583

Véase al respecto el apartado II de la Exposición de Motivos de la LO 2/2010.

el complicado catálogo de requisitos y circunstancias de las indicaciones del art. 417 bis del CP).⁵⁸⁴

Es aquí donde CUERDA ARNAU considera que la Ley encuentra apoyo constitucional, en el principio de legalidad, y, por ende, en el derecho fundamental a la presunción de inocencia, que resulta mejor salvaguardado en el nuevo modelo.⁵⁸⁵

En definitiva, se puede concluir que la Ley de plazos española ha logrado superar la deficiencia de la inseguridad jurídica para todos los intervinientes en el aborto, al restablecer el principio de legalidad y salvaguardar el derecho a la presunción de inocencia, en tanto ahora la legitimidad del aborto ya no está supeditada al cumplimiento de un sinnúmero de requisitos formales y a la concurrencia de determinadas circunstancias establecidas por el legislador para cada supuesto de impunidad, sino que la mujer puede abortar en cualquier caso dentro del plazo inicial de las primeras 14 semanas de gestación.

c) El acceso a la prestación abortiva en condiciones de igualdad y los límites del derecho a la objeción de conciencia

A pesar de la importancia que suponía la regulación del derecho a la objeción de conciencia en torno al aborto, dadas las dificultades territoriales y económicas que sufrieron muchas mujeres en España (como consecuencia de la inseguridad jurídica generada por el sistema de indicaciones del art. 417 bis del CP y la falta de regulación del derecho a la objeción de conciencia),⁵⁸⁶ la Ley de plazos renuncia a regular este derecho de manera clara, precisa y específica.

No obstante, esta Ley tiene muy en cuenta las dificultades territoriales y económicas que sufrieron las mujeres en España durante el sistema de las indicaciones para acceder a la prestación abortiva en condiciones de igualdad, como una prestación incluida en el

⁵⁸⁴ De esta opinión CUERDA ARNAU, RP, núm. 25, 2010, 30.

⁵⁸⁵ En este sentido CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, El debate, 2012, 206.

⁵⁸⁶ Recuérdese que durante la vigencia del sistema de indicaciones del art. 417 bis del CP se dieron serias dificultades en el acceso al aborto legal y gratuito que fueron el resultado de la masiva objeción de conciencia que tuvo lugar en los servicios de Ginecología y Obstetricia de los hospitales públicos españoles, a consecuencia de la inseguridad jurídica que soportaban los intervinientes en el aborto, dificultades que se agravaron por la falta de regulación del derecho a la objeción de conciencia en el Derecho español, y más aún, por el amplio reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia que hacía la STC 53/1985.

servicio público de salud, disponiendo en los artículos 18 y 19 ciertas garantías para el acceso de las mujeres a la prestación abortiva. En el art. 18 reconoce el carácter de prestación sanitaria a la interrupción voluntaria del embarazo, incluyéndola en la cartera de beneficios sanitarios del Sistema Nacional de Salud, ordenando a los servicios públicos de salud aplicar las medidas precisas para garantizar el derecho a esta prestación. Y en el art. 19 garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en condiciones de igualdad y calidad asistencial, con independencia del lugar en que las mujeres residan (inciso 1); asimismo, dispone que la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo se realizará en centros de la red sanitaria pública o vinculados a la misma, y, excepcionalmente, reconoce el derecho de la mujer embarazada a asistir a cualquier centro sanitario acreditado para la práctica del aborto, cuando el servicio público de salud no pueda facilitar la interrupción del embarazo en tiempo, con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la prestación (inciso 2).

CUERDA ARNAU señala que dada la renuncia del Gobierno a regular la objeción de conciencia, sería una burla no cumplir las previsiones que según el mismo Gobierno sirven para garantizar el acceso a la prestación sanitaria de la interrupción del embarazo en condiciones de igualdad como una prestación sanitaria incluida en el sistema público de salud (artículos 18 y 19 de la Ley).⁵⁸⁷ Lamentablemente, 2 años más tarde la misma autora revela que estas medidas ya empiezan a incumplirse, pues según una noticia del Diario El País, el Gobierno Balear del PP anuló un concierto de pago directo con las clínicas privadas que asumían la interrupción voluntaria del embarazo, ante la imposibilidad de practicarla en la sanidad pública por el elevado número de supuestos, siendo las mujeres quienes a partir de entonces deben pagar la interrupción del embarazo cuyo precio ronda entre los 500 y 1500 euros, y sólo posteriormente le será reembolsado por la Administración.⁵⁸⁸

587

Al analizar el Anteproyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Véase CUERDA ARNAU, RP, núm. 25, 2010, 34.

588

Según señala CUERDA ARNAU, “ello pese a que ni existe constancia de quienes son los facultativos que objetan, ni el texto de la Ley deja lugar a dudas sobre quién debe asumir la carga”. En este sentido CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, El debate, 2012, 217, n. 115. Cabe precisar que, en un principio el Ejecutivo autonómico balear rompió con estos centros los conciertos económicos que renovaba periódicamente desde hacía años, con el objetivo de que los hospitales públicos asumieran las interrupciones voluntarias del embarazo. No obstante, los profesionales del Sistema Nacional de Salud mostraron sus dudas desde el primer momento, en tanto ni siquiera existe un registro de objetores de conciencia que ayude a la administración a planificar sus recursos. Fue en ese

En vista de que la medida del Gobierno balear del PP dejaba a miles de mujeres indefensas, pues muchas de ellas no podrían abortar por no tener el dinero que cuesta un aborto en una clínica privada, y teniendo en cuenta su cuestionable legalidad al quebrantar una Ley Orgánica que deriva directamente de la Constitución,⁵⁸⁹ los partidos de izquierdas y las asociaciones de mujeres critican públicamente dicha decisión, de manera que unas semanas después, el 28 de enero de 2012, el Gobierno Balear anunciaba que retiraba esta medida restableciendo el protocolo de pago con las clínicas privadas e intentando asumir la mayor parte de abortos en la sanidad pública para cumplir a rajatabla la Ley.

Casos como el de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares pueden hacernos pensar que la LO 2/2010 no está logrando garantizar el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en condiciones de igualdad como una prestación sanitaria incluida en el sistema público de asistencia sanitaria, sin embargo debe tenerse muy en cuenta la dudosa legitimidad de la medida del Gobierno balear.

Aún así, considero que las garantías colocadas por los artículos 18 y 19 de la LO 2/2010 son suficientes para conseguir el acceso efectivo a la prestación abortiva en condiciones de igualdad en todo el territorio español como una prestación sanitaria incluida en el sistema público de salud⁵⁹⁰ (obviamente si se cumple con las mismas), sin que a nadie se le escape que sería más conveniente una regulación específica del derecho a la objeción de conciencia que disponga con mayor amplitud y precisión los elementos idóneos para avalar el acceso efectivo a la prestación abortiva (mayor precisión de los titulares del derecho a la objeción de conciencia, situaciones concretas en que es

momento cuando, extinguidos los conciertos con las clínicas privadas y comprobado que los hospitales no estaban preparados para asumir todos los abortos de golpe, el Gobierno balear ideó que las mujeres deberían abortar en clínicas privadas adelantando de su bolsillo el coste de la intervención abortiva, la cual se lo devolvería más adelante, sin especificar en que plazo. Véase VANESSA PI. El Gobierno balear rectifica y pagará directamente los abortos a las clínicas, Diario Público de 28 de enero de 2012, disponible en <http://www.publico.es/espana/gobierno-balear-rectifica-y-pagara.html>.

589

Para CUERDA ARNAU sería conveniente entrar a valorar la constitucionalidad de esta medida del Gobierno balear del PP, que quebrantando una disposición político criminal del legislador dispuesta en la Ley de plazos, impone a la mujer una carga indebida al tener que pagarse la interrupción del embarazo aún cuando más tarde se le reembolse. Véase CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, El debate, 2012, 217, n. 115.

590

Obviamente resultando preciso su fiel cumplimiento.

practicable este derecho, procedimientos exactos para su ejercicio, mayores límites, protocolos a seguir en caso de peligro para la vida o la salud de la madre, etc.).

Teniendo en cuenta que una de las cuestiones más importantes que había demostrado la experiencia española durante el sistema de indicaciones era la necesidad de establecer ciertos límites al derecho a la objeción de conciencia para garantizarles a las mujeres el acceso al aborto en condiciones de igualdad, el art. 19.2 establece algunas limitaciones a este derecho: en primer lugar, reconoce el derecho a la objeción de conciencia a los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo; en segundo lugar, dispone que ni el acceso ni la calidad asistencial de la prestación pueden resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia; en tercer lugar, implanta la objeción de conciencia anticipada y por escrito; y finalmente, establece la obligación de los profesionales sanitarios a dispensar tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen, antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo en todo caso.

En términos generales, y desde la perspectiva del derecho de los profesionales sanitarios a la objeción de conciencia, CUERDA ARNAU señala que la regulación de la objeción de conciencia del art. 19.2 es suficiente, en la medida que reconoce explícitamente ese derecho, cuyo ejercicio, aunque nada dijera la LO 2/2010 resulta garantizado directamente por la CE (STC 53/1985, FJ 14).^{591 592}

En mi opinión, queda claro que la breve regulación del derecho a la objeción de conciencia en la Ley 2/2010 no problematiza el ejercicio de este derecho dada la amplia fundamentación de la STC 53/1985 (del FJ 14), que garantiza su ejercicio aunque la Ley no hubiese dicho nada; ahora bien, esta regulación ciertamente viene a delimitar (aunque de manera efímera) algunos aspectos de este derecho que podrían salvar objeciones masivas de conciencia en términos amplísimos (al reconocer este derecho a los

591

En este sentido CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 218.

592

Recuérdese que la STC 53/1985 considera que este derecho existe y puede ejercerse, con independencia de que se hubiese dictado o no una regulación del mismo, al formar parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa del art. 16.1 de la CE, señalando además, que como había indicado ya este mismo TC en diversas ocasiones, la CE era directamente aplicable especialmente en materia de derechos fundamentales, de manera que la falta de regulación del derecho a la objeción de conciencia es una cuestión ajena a la constitucionalidad o inconstitucionalidad.

profesionales sanitarios directamente implicados en el aborto, avalando el acceso a la prestación e implantando la objeción de conciencia anticipada).

A pesar de la anterior consideración, los recurrentes del PP sostienen en su recurso una serie de alegatos insustanciales con los que pretenden obtener la declaración de inconstitucionalidad del art. 19.2.⁵⁹³

En primer lugar, alegan una grave inseguridad jurídica para el personal sanitario, en tanto la Ley no precisa quién puede acogerse o no a ese derecho, al no determinarse qué se entiende por una “implicación directa en un aborto”. Sin embargo, esta vaguedad no es suficiente como para fundamentar la inconstitucionalidad del art. 19.2, pues con ello no se niega el derecho a la objeción de conciencia, que como hemos visto existe y puede ser ejercido aún cuando no se haya regulado (FJ 14 de la STC 53/1985), y por ende, con mucha más razón, si se regula reconociéndose expresamente aunque con dicha vaguedad. Además, como dice CUERDA ARNAU, la inseguridad jurídica no es tanta cuando la Ley deja claro que “el rechazo o la negativa” puede serlo exclusivamente “a realizar la intervención”.⁵⁹⁴ De ahí que resulte lógico que la Ley se está refiriendo a las actividades que ejercen la matrona, el obstetra, el ginecólogo, el anestesista, e incluso los auxiliares que participen directamente en el aborto.

En segundo lugar, el recurso considera inadmisibles que “el acceso y la calidad asistencial de la prestación no puedan resultar menoscabadas” por el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, considerando esta disposición contraria al art. 16.1 de la CE, por vulnerar frontalmente la libertad ideológica y de conciencia de los profesionales sanitarios, en tanto el derecho a la objeción de conciencia no se considera preferente en todo caso, sino que se subordina a que en el caso concreto se pueda realizar la prestación. Así, defienden la prevalencia del derecho a la objeción en caso de conflicto entre el derecho de la mujer embarazada a la utilización de los mecanismos prestacionales que le confiere la ley y el derecho del objetor a no ser discriminado por el

⁵⁹³

En el motivo sexto los recurrentes señalan la inconstitucionalidad del art. 19.2 párrafo primero, por vulneración de los artículos 16.1 v 2. v 18.1 de la CE. entendiendo que dicha regulación crea restricciones injustificadas y desproporcionadas que afectan al contenido esencial de este derecho (limita el alcance subjetivo y formal del derecho a la libertad ideológica y se le quita prioridad a este derecho fundamental ante otros valores de menor entidad que se enfrentan a este durante el conflicto de valores surgido en torno al aborto). Véase supra 1ª, III, 4.1.

⁵⁹⁴

Véase CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 219.

hecho de su objeción, en tanto el derecho a la objeción de conciencia goza de carácter fundamental por ostentar la categoría de derecho fundamental.

Sin lugar a dudas, nuevamente los recurrentes desprecian de manera absoluta los derechos fundamentales de la mujer, sobre todo el derecho de la mujer a acceder en condiciones de igualdad y gratuidad a la prestación abortiva, solamente por su afán de hacer prevalecer el derecho del personal sanitario a la objeción de conciencia, que como hemos visto existe y puede ser ejercido aún cuando no se haya regulado (FJ 14 de la STC 53/1985), sin conmovérles siquiera la falta de solidez de sus alegatos.

Por último, los demandantes conciben vulnerado el derecho a la objeción de conciencia al instaurarse la obligatoriedad de la manifestación anticipada y por escrito del rechazo a realizar la intervención abortiva por razones de conciencia; consideran así que se restringe injustificadamente el ejercicio de este derecho fundamental, afectando la intimidad del objetor, pues al tener que hacerlo por escrito se crea un archivo de datos personales e íntimos de los objetantes.

A primera vista resulta claro que los alegatos aquí vertidos siguen siendo escasos como para pretender la inconstitucionalidad del art. 19.2. Por una parte, que el legislador haya dispuesto que la objeción de conciencia se haga por escrito, no permite afirmar seriamente que se vulnere el derecho a la intimidad, pues tan sólo es una forma de registrarla, bien de cara al ejercicio continuado de este derecho a efectos de cada profesional sanitario, bien para facilitar la organización de este personal a efectos de garantizar el acceso a la prestación. Tampoco parece sensato pretender la inconstitucionalidad del art. 19.2 alegando la vulneración del derecho a la intimidad del objetor a partir de la creación de registros de objetores, cuando, para salvaguardar la intimidad del objetor, ya existen previsiones legales que garantizan la protección de los datos personales. Por otra parte, no se puede defender con seriedad que el hecho de ejercer anticipadamente el derecho a la objeción de conciencia restrinja dicho derecho, pues como opina CUERDA ARNAU, de este modo sólo se afecta al ejercicio del derecho de manera tangencial, respondiendo a un fin legítimo como es permitir a la administración conocer anticipadamente este extremo para tomar las medidas que considere oportunas. Por tanto, de este modo el derecho a la objeción de conciencia sólo se ejercita de manera anticipada, pero sin que se vea afectado en su esencia, mientras su ejercicio adelantado permite positivamente que la administración organice sus recursos para garantizar el acceso gratuito y en condiciones de igualdad de la prestación.

En síntesis, los recurrentes procuran la inconstitucionalidad del art. 19.2 cuando ciertamente la regulación de la objeción de conciencia en la Ley de plazos no adolece de vicios de constitucionalidad, simplemente valiéndose del derecho del objetor a no ser discriminado por el hecho de su objeción, a costa del menosprecio de los derechos fundamentales de la mujer que asoman en torno a su derecho a acceder a la intervención abortiva, y desatendiendo que la constitucionalidad de la Ley sí que depende del respeto de los derechos fundamentales de la mujer. Quizás para cuestionar la constitucionalidad de este precepto lo que se debería valorar es qué elementos del derecho a la objeción de conciencia, que en definitiva garantizarían el acceso efectivo de la mujer a la prestación abortiva, desatiende el art. 19.2, por ejemplo, detallar con mayor precisión los límites del derecho a la objeción de conciencia y los términos de acceso a la prestación, o la falta de regulación de la prohibición de los objetores a practicar abortos en la sanidad privada o de los protocolos a seguir en caso de peligro para la vida o la salud de la madre.⁵⁹⁵

Para terminar, debo considerar que, en tanto la regulación del derecho a la objeción de conciencia en la LO 2/2010 es suficiente para permitir el ejercicio de este derecho y para garantizar el acceso efectivo a la prestación abortiva en condiciones de igualdad en todo el territorio español, como una prestación sanitaria incluida en el sistema público de salud, la Ley de plazos consigue así superar la deficiencia que nos ocupa.

d) La regulación del consentimiento de las menores de edad de 16 y 17 años

Una clara deficiencia del sistema de indicaciones del art. 417 bis del CP era la falta de regulación del consentimiento de las menores de edad.

Como es conocido, esta insuficiencia se intentó resolver en un principio con interpretaciones doctrinales y pronunciamientos jurisprudenciales que generaron mayor inseguridad jurídica al personal sanitario y a las menores que se sometían al aborto (se reconoce la capacidad a partir de los 16 años, sin descartar edades más tempranas cuando existía cierto grado de madurez en la embarazada); y más tarde, con una regulación legal que no vino a resolver de manera adecuada el problema sino que supuso un grave retroceso en la materia (se optó por la mayoría de edad, requiriéndose el

595

CUERDA ARNAU señala algunos aspectos sobre los cuales sería recomendable una mayor precisión de cara a garantizar que la mujer pueda acceder de manera más efectiva a una prestación sanitaria pública de interrupción del embarazo. Véase CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 223 y sig.

consentimiento expreso de los padres o representantes legales de las menores de edad).⁵⁹⁶

Positivamente, el texto original de la Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo de 2010 -en vigor desde el 5 de julio de 2010 hasta el 23 de septiembre de 2015- optó por regular expresamente el consentimiento de las menores de edad para consentir su propio aborto, otorgándole plena validez al consentimiento de las menores de edad de 16 y 17 años para abortar.

El inciso cuarto del art. 13 disponía textualmente: *“En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer. Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo.”*

De este modo, como se analizará a fondo más adelante, inicialmente la LO 2/2010 solventa esta deficiencia teniendo en cuenta la necesidad de valorar a la mujer embarazada de al menos 16 y 17 años de edad, como una persona madura y con capacidad suficiente para tomar una decisión responsable sobre su maternidad.

Ahora bien, en 2015 el Gobierno del PP promulga 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 embarazo. Esta Ley viene a derogar el inciso cuarto del art. 13 de la Ley de plazos, dejando sin efecto el reconocimiento de capacidad de las mujeres menores de 16 y 17 años para consentir su propio aborto. Así pues, la legislación española sobre el aborto vuelve a retroceder en esta materia, a pesar de la conciencia que se había tomado sobre la importancia de una regulación en este sentido.⁵⁹⁷

⁵⁹⁶ Véase supra 1ª, II, 6.4.

⁵⁹⁷ Véase infra 1ª, III, V.

En definitiva, si bien en un principio la Ley de plazos logró superar la deficiencia que nos ocupa, a partir del 2015 la LO 2/2010 no satisface los contrasentidos en torno a la falta de reconocimiento de la validez del consentimiento de dichas menores de edad.⁵⁹⁸

Al margen del retroceso legislativo aquí prevenido, veamos ahora algunas de las consideraciones doctrinales más importantes relativas a la regulación inicial del consentimiento de las menores de edad en la LO 2/2010.

La regulación del consentimiento de las menores de edad en torno al aborto es una cuestión que siempre ha suscitado gran discusión, seguramente porque los derechos que resultan afectados en torno a la maternidad son derechos personalísimos, mientras se tiende a recelar la capacidad intelectual de las menores de edad para decidir sobre su vida personal (maternidad), con el hándicap de las doctrinas religiosas o ideas morales que reivindican que los padres tienen derecho a dirigir la formación de sus hijos e hijas. De ahí que, a pesar de la total validez del consentimiento de las menores de 16 y 17 años por que optó inicialmente el inciso cuarto del art. 13 de la Ley de plazos española, el mismo apartado requería que al menos uno de los representantes legales de las menores en cuestión debía ser informado de la decisión de la mujer menor de edad (padre, madre, personas con patria potestad o tutores), sin perjuicio de poder prescindirse de esta información cuando la menor alegase fundadamente que esto le provocaría un conflicto grave (violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, desarraigo o desamparo).

En cualquier caso, cuando la Ley de plazos optó por conceder absoluta validez al consentimiento de las menores de edad de 16 y 17 años para someterse a un aborto, lo que hizo fue acceder a considerar que dichas las adolescentes son capaces de tomar una decisión madura y recapitada sobre la maternidad, continuando así con la tendencia legislativa de otorgar paulatinamente a los menores capacidad suficiente para ejercer determinados derechos y hacerse responsables de determinados actos jurídicos. Por

598

Más adelante se analizará el consentimiento de las menores de edad a partir de la LO 11/2015, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo.

ejemplo, la capacidad de contraer matrimonio a partir de los 16 años cuando se trate de menores de edad emancipados, o a partir de los 14 años mediante dispensa judicial.⁵⁹⁹

Más aún, hubiese resultado enigmático que la LO 2/2010 no optase por ofrecer esta libertad de decisión a las menores de edad, teniendo en cuenta que la legislación civil les permite realizar determinados actos personalísimos, como contraer matrimonio en los casos indicados, creyéndoles con capacidad suficiente para enfrentar las consecuencias propias del matrimonio como podría ser un embarazo;⁶⁰⁰ o bien cuando la legislación penal reconoce plena libertad sexual a las menores a partir de los 13 años (permitiéndoles decidir sobre su sexualidad), toda vez que el contacto sexual con menor de 13 años sólo es constitutivo de delito cuando se realiza en contra de la voluntad de la menor, utilizando engaño o si se pretende su prostitución, de modo que la legislación penal también reconoce a las menores de edad madurez suficiente para afrontar las consecuencias posibles del acto sexual, como puede ser un embarazo.⁶⁰¹

599

En este sentido los artículos 46 y 48 del CC: *“Artículo 46. No pueden contraer matrimonio: 1º Los menores de edad no emancipados. 2º Los que estén ligados con vínculo matrimonial. Artículo 48. El Ministro de Justicia puede dispensar, a instancia de parte, el impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior. El Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos del grado tercero entre colaterales y de edad a partir de los catorce años. En los expedientes de dispensa de edad deberán ser oídos el menor y sus padres o guardadores. La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes.”*

600

O la capacidad para ejercitar ciertos actos exceptuados del régimen general de la patria potestad, como los relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo, o aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo, o los relativos a bienes excluidos de la administración de los padres (art. 162 del CC).

601

En este sentido el art. 183 del CP, referente a los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años: *“Artículo 183. 1. El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años. 2. Cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. 3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las 2 primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1 y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2. 4. Las conductas previstas en los tres números anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años. b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de 2 o más personas. c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de*

CUERDA ARNAU señala que esta era la única decisión congruente con la circunstancia de que los derechos que resultan afectados por el hecho de la maternidad pertenecen al núcleo más duro de los derechos personalísimos, mientras no resulta lógico privar de validez al consentimiento de personas a quienes el mismo ordenamiento jurídico reconoce madurez en otros ámbitos relacionados con la maternidad como el derecho a contraer matrimonio o la potestad de consentir en materia sexual.⁶⁰²

En el mismo sentido LAURENZO COPELLO, quien considera que sustraer a una adolescente la decisión final sobre un hecho tan íntimamente relacionado con su desarrollo vital choca abiertamente con la tendencia general de la legislación de reconocer la capacidad progresiva a los menores para ejercer sus derecho y hacerse responsables de sus propios actos.⁶⁰³

En sentido contrario el motivo quinto del recurso de inconstitucionalidad 4523-2010, presentado por el PP contra diversos preceptos de la Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, el cual considera vulnerado el art. 15 de la CE al entender que otorgar validez al consentimiento de las menores de 16 y 17 años conlleva a una desprotección aún mayor del *nasciturus* porque estas menores de edad carecen de capacidad de juicio suficiente para tomar una decisión de tanta trascendencia para la vida prenatal.

En mi opinión, las alegaciones de los recurrentes carecen de todo sentido jurídico en tanto pretenden nada más y nada menos que la inconstitucionalidad del otorgamiento de validez al consentimiento de las menores de 16 y 17 años, a costa del desprecio absoluto de los derechos fundamentales de estas menores, y del descrédito de la predisposición legislativa de reconocer madurez a los menores de edad en terrenos jurídicos directamente relacionados con la maternidad como contraer matrimonio o consentir en materia sexual, lo que evidencia que los recurrentes se realmente se mueven

superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima. e) Cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor. f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades. 5. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.”

⁶⁰²

Véase CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 211.

⁶⁰³

En este sentido LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 119.

por creencias religiosas o morales que consideran imperioso que los padres dirijan la vida de sus hijas menores de edad a quienes consideran inexpertas e inmaduras para decidir sobre su proyecto de vida.

En otro orden de cosas, el inciso cuarto del art. 13 de la Ley de plazos además preveía informar al menos a uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las menores de edad sobre la decisión de abortar.⁶⁰⁴

Doctrinalmente se valora que, si bien un embarazo no deseado a los 16 o 17 años de edad supone un problema bastante complicado que afecta ante todo a la menor embarazada, por repercutirle de manera directa en su proyecto de vida al tratarse de un asunto personalísimo, también es un asunto que trasciende a su familia, bien a nivel emocional, bien a nivel económico.

Partiendo de esta premisa, LAURENZO COPELLO reconoce que poco se puede objetar a la evidencia de que un embarazo en la adolescencia supone un trance difícil en el que es sumamente aconsejable contar con el apoyo y asesoramiento de los más allegados, y sobre todo de los padres; mientras recalca que lo que no está tan claro es que la decisión final sobre el aborto la tomen otros, por muy cercanos que estén a la menor, si se tienen en cuenta los importantes datos que avalan la tendencia legislativa a reconocer capacidad progresiva a los menores de edad para ejercer sus derechos y hacerse responsables de sus actos, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez.⁶⁰⁵

Afirmaré ahora que la Ley de plazos había acertado al contemplar este deber de información, pues efectivamente es conveniente que la menor de edad pueda contar con el apoyo y el consejo de sus padres ante un embarazo no deseado; y porque de este

⁶⁰⁴ Tiene mucha razón LAURENZO COPELLO cuando reflexiona que ni siquiera este deber de informar a los progenitores sobre la decisión de la menor de edad consiguió evitar la discusión en torno a este asunto, seguramente porque se trata de una cuestión fundada en ideas religiosas y morales que exigen el derecho de los padres a dirigir y asesorar moral y religiosamente a sus hijas adolescentes, hasta el punto de tacharlas de personas irreflexivas e incapaces de tomar decisiones acertadas sobre su vida personal, y menos aún, sobre la vida prenatal, alegando una desprotección doble de la vida humana en formación, tanto por la ley como por la propia decisión libre de la menor de edad. “¿A qué viene sino que el Grupo Parlamentario Popular apele en este contexto al art. 27.3 de la CE que garantiza el derecho de los padres “para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones?” Véase LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 118.

⁶⁰⁵ Véase LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 119 y sig.

modo los progenitores o representantes legales de la menor pueden ejercer su responsabilidad, ayudándola a afrontar con la mayor serenidad posible la toma de una decisión tan delicada como es el aborto, protegiéndola durante todo este proceso.

De nuevo el motivo quinto del recurso de inconstitucionalidad 4523-2010, presentado por el PP contra diversos preceptos de la Ley de plazos española, considera que la no intervención de los representantes legales de la menor disminuye las garantías tanto para la propia menor embarazada, que puede verse implicada en la comisión de un delito, como para los depositarios de la patria potestad; para los padres porque se les priva del derecho a transmitir su opinión a su hija embarazada y contribuir así a formar sus convicciones; y para la vida humana del *nasciturus* que en este caso puede ser sacrificada sobre la base de un consentimiento incompleto y por lo tanto no plenamente libre y maduro, dado que legalmente se ha excluido la contribución que para la formación del mismo supone la intervención de los padres de la menor embarazada.

A este propósito, CUERDA ARNAU considera que la previsión que hace la Ley en tal sentido, no pretende, como señalan los recurrentes, “privar a la menor de la presencia, del apoyo y del consejo de sus padres”, de manera que no se le obliga a decidir sola, sino más bien se le reconoce la facultad de decidir que es cosa distinta.⁶⁰⁶

Sin lugar a dudas, entiendo que la fórmula del deber de información a los padres que dispuso la Ley de plazos, era capaz de permitir a los progenitores de la menor de edad cumplir con su facultad o bien con su responsabilidad de dar apoyo y auxilio a su hija durante todo el proceso abortivo, independientemente que la decisión final la tenga la menor embarazada. En consecuencia, se deben considerar improcedentes las alegaciones del recurso de inconstitucionalidad que versaron sobre la privación del derecho de los padres a elegir la formación moral o religiosa para sus hijas, que los recurrentes escudan en el deber de los poderes públicos de velar por la protección de la familia.⁶⁰⁷

Llegados a este punto, cabe señalar la postura de QUERALT JIMÉNEZ sobre el deber de informar a los padres, al entender que el apoyo de los padres debería fluir espontáneamente de la propia relación familiar sin necesidad de imposiciones legales,

⁶⁰⁶ Véase CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 214.

⁶⁰⁷ En este sentido CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 215.

pues si la menor informa a los padres porque la Ley le obliga, es señal de una previa desafección parterno-filial.⁶⁰⁸ Sin embargo, considero que se debe tener especial cuidado con esta aseveración, en tanto no siempre el temor de una adolescente a contarles a sus padres que está embarazada se debe a una circunstancia de no existir afecto o estima entre padres e hija, sino que se puede deber a otras razones, por ejemplo que la menor no desee preocupar a sus padres, o que por el carácter introvertido y la madurez de la adolescente ésta desee ocultarle este asunto a sus propios padres en tanto se considera capaz de afrontar por sí sola o con su pareja esta situación.

Al mismo tiempo, el inciso cuarto del art. 13 había previsto la posibilidad de prescindir de este deber de informar a los padres o representantes legales, cuando la menor alegara fundadamente que esto le provocaría un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o en una situación de desarraigo o desamparo.

LAURENZO COPELLO valora positivamente que la Ley resuelva de este modo los posibles conflictos intrafamiliares ante un embarazo no deseado, susceptibles de producir violencia o desamparo a la menor, considerando que la Ley opta con razón por proteger los derechos de la menor en estos casos.⁶⁰⁹

En mi opinión, es razonable que esta Ley haya previsto la posibilidad de prescindir de este deber de información a los padres o representantes legales si esto le provocaría un conflicto grave intrafamiliar, pues de esta manera la Ley vela por los intereses y el beneficio de la menor, y porque no, incluso por su integridad física.

Por lo demás, adviértase que el RD 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en lo que respecta al desarrollo del consentimiento informado de las mujeres de 16 y 17 años y la reglamentación de la información ofrecida a sus padres o representantes legales (art. 8), asombrosamente vino a limitar la libertad y autonomía de la menor de edad reconocida por la Ley de plazos, además de imponer al médico ejecutor la obligación y responsabilidad de valorar la veracidad del conflicto

⁶⁰⁸ QUERALT JIMÉNEZ, DP, PE, 2010, 76.

⁶⁰⁹ Cfr. LAURENZO COPELLO, Dogmática, 2012, 120 y sig.

familiar alegado por la menor cuando pretendiera prescindir de informar a sus padres o representantes legales.

En primer lugar, el inciso primero del art. 8 implantaba la obligación de que la menor prestase su consentimiento acompañado de un documento que acreditase el cumplimiento del requisito de información a uno de sus padres o representantes legales, debiendo entregar ese documento personalmente y acompañada de su representante legal directamente al personal sanitario del centro en el que se fuese a practicar la intervención abortiva. Así, el requisito de mera información a uno de los padres o representantes legales sobre la decisión de abortar de la menor, que disponía inicialmente el art. 13 de la Ley de plazos, se transformaba en una exigencia de que la menor asistiera al centro médico acompañada de sus padres.

LAURENZO COPELLO subraya que la idea de la Ley es que los padres se enteren de la decisión de la menor (de abortar o de afrontar la maternidad), pudiendo discutir con ella las alternativas, apoyándola emocionalmente o acompañándola durante la ejecución del aborto si lo ven necesario, pero siempre como una consecuencia voluntaria del asesoramiento familiar y no como una exigencia legal, de modo que convertir la presencia de los padres en un requisito del procedimiento legal, poco espacio deja para tomarse en serio el reconocimiento de autonomía a la adolescente embarazada para decidir sobre su maternidad dispuesto por la Ley de plazos.⁶¹⁰

A mi modo de ver, la obligatoria presencia de los padres en el procedimiento legal evidentemente podría condicionar el reconocimiento de autonomía y libertad de decisión de la menor de edad, dejando los derechos de la menor en una situación de riesgo en la que los mismos podrían no ser ejercidos de manera libre y plena en aquellos casos en que los padres intentasen convencer a la menor de una decisión contraria a la que expresase su propia voluntad.⁶¹¹

En segundo lugar, el inciso segundo del art. 8 seguía señalando que, en el caso de prescindirse de esta información (cuando la mujer alegase fundadamente que ello le

⁶¹⁰ Cfr. LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 121.

⁶¹¹ LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 121: “Una maternidad que, por cierto, no pocas veces la menor quiere asumir frente a la presión de sus padres en sentido contrario, puesto que muchas veces son precisamente ellos quienes las impulsan a interrumpir la gestación.”

provocaría un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produjese una situación de desarraigo o desamparo), el médico encargado de practicar la interrupción del embarazo debía valorar (por escrito y con la firma de la mujer) si las alegaciones de ésta eran fundadas, pudiendo solicitar, en su caso, un informe psiquiátrico, psicológico o de un profesional en trabajo social.

Así, se le imponía al médico ejecutor una obligación que nada tenía que ver con sus funciones como médico, adjudicándole la responsabilidad sobre un informe que tenía por objeto nada más y nada menos que declarar suficiente o insuficiente el conflicto familiar alegado por la menor de edad para salvaguardar sus propios derechos e intereses, simplemente facultándole para solicitar un informe psiquiátrico, psicológico o de un trabajador social, pero manteniendo la responsabilidad sobre el mismo.

Comparto la opinión de LAURENZO COPELLO, de que lo correcto hubiera sido atribuirle esta responsabilidad, y por ende la tarea de la constatación del conflicto familiar alegado, a un profesional en trabajo social, en la medida en que las alegaciones de la menor no tienen que ver con asuntos de carácter médico sino con la conflictividad familiar.⁶¹²

e) Conclusiones acerca de la superación de las deficiencias del sistema de indicaciones a partir de la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

En virtud de las consideraciones precedentes, considero que la LO 2/2010 inicialmente supera todas las deficiencias del anterior modelo de las indicaciones al crear un modelo de despenalización del aborto capaz de brindar una protección efectiva de la vida del *nasciturus* durante toda la duración del embarazo, entretanto respeta el contenido esencial de todos los derechos fundamentales de las mujeres embarazadas en torno al aborto, incluso de las menores de edad de 16 y 17 años, brinda absoluta seguridad jurídica a todos los intervinientes en el aborto y garantiza el acceso a la prestación abortiva en condiciones de igualdad como una prestación incluida en el sistema público de salud.

⁶¹² Véase LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 122, n. 306.

Ahora bien, a partir de la LO 11/2015, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, la LO 2/2010 desanda (suprimiendo el reconocimiento a la validez del consentimiento para abortar de las menores de edad de 16 y 17 años), de manera que desde entonces no se puede considerar superada la deficiencia relativa a la falta de regulación del consentimiento de las menores de edad en el sentido dispuesto inicialmente por dicha Ley.

5.2. La tutela efectiva de la vida del *nasciturus*

El debate en torno a la tutela efectiva de la vida del *nasciturus* en la Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, se ocupa de examinar si la protección de la vida prenatal, ofrecida por dicha Ley, es constitucionalmente suficiente (compatible o no con las líneas jurisprudenciales marcadas por el TC español), o mejor dicho, hasta que punto la LO 2/2010 deja la vida prenatal por debajo del umbral del deber positivo de protección de esta vida, dispuesto por el FJ 7 de la STC 53/1985.⁶¹³ CUERDA ARNAU dice que, en tanto debemos partir del hecho incontestable de que la CE no considera al *nasciturus* titular del derecho a la vida, aquí lo único que queda por enjuiciar es si el legislador puede haber incurrido en una infraprotección del feto.⁶¹⁴

Antes de entrar a valorar constitucionalmente la salvaguardia de la vida prenatal en la LO 2/2010, corresponden recordarse las consideraciones jurisprudenciales marcadas por el TC español respecto al alcance de la protección constitucional de la vida prenatal.

Primeramente, la STC 53/1985 declara que si la CE protege la vida, no puede desprotegerla en aquella etapa que forma parte del proceso de desarrollo de la vida independiente que se desarrolla dentro del claustro materno, de modo que la vida del *nasciturus*, en cuanto encarna el valor fundamental de la vida humana garantizado en el art. 15 de la CE, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto su fundamento constitucional. Es decir, establece que la vida humana en formación es un bien jurídico constitucional.

⁶¹³ En este sentido TOMÁS-VALIENTE, La Suprema Corte, 2009, 107.

⁶¹⁴ CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, El debate, 2012, 226.

La misma Sentencia precisa que el *nasciturus* no es titular del derecho fundamental a la vida (FFJJ 5, in fine, 6 y 7). De igual forma, la STC 116/1999 indica que “los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el artículo 15 de la Constitución”, lo cual, como indica el propio preámbulo de la LO 2/2010, no significa que los no nacidos resulten privados de toda protección constitucional.

En consecuencia, la STC 53/1985 dispone 2 obligaciones generales del Estado derivadas de la protección constitucional del *nasciturus*, esto es, abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación; y establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma, y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales; aclarando igualmente que la protección jurídica de la vida humana en formación no reviste carácter absoluto.(FJ7). Esta última obligación (deber positivo de protección), es precisamente la premisa de la STC 53/1985 que servirá de base para examinar la suficiencia constitucional de las medidas de garantía y protección no penal de la vida prenatal establecidas por la nueva Ley de plazos durante el plazo de impunidad de las primeras 14 semanas de gestación.

Por su parte, la STC 212/1996⁶¹⁵ recalca que en el caso de la vida del *nasciturus* no nos encontramos ante el derecho fundamental mismo, sino ante un bien jurídico constitucionalmente protegido que forma parte del contenido normativo del art. 15 CE, afirmando que no cabe invocarle al *nasciturus* la garantía normativa del contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales (reconocida en el art. 53.1 de la CE), de manera que no cabe por tanto, en rigor, hablar de un contenido esencial de un bien jurídico constitucionalmente protegido.

Hasta aquí queda claro que el legislador debía implantar una fórmula despenalizadora que, además de respetar los derechos fundamentales de las mujeres y superar las deficiencias del sistema de indicaciones, tutelara de manera efectiva la vida del embrión o del feto, utilizando también, como última garantía de protección, las normas penales.

615

Que como hemos visto resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 596/89, promovido Grupo Parlamentario Popular, contra la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, en su totalidad y subsidiariamente contra algunos artículos de la misma.

La fórmula de protección de la vida prenatal que finalmente utiliza la LO 2/2010 (sistema del plazo con asesoramiento) aparece muy bien explicada en la Exposición de Motivos de dicha Ley. Así, se expone que la experiencia ha demostrado que la protección de la vida prenatal es más eficaz a través de políticas activas de apoyo a las mujeres embarazadas y a la maternidad, y por ello, la tutela del bien jurídico en el momento inicial de la gestación (durante el periodo de impunidad de las primeras 14 semanas de gestación) se articula a través de la voluntad de la mujer, y no contra ella; mismamente la mujer adoptará su decisión tras haber sido informada de todas las prestaciones, ayudas y derechos a los que puede acceder si desea continuar con el embarazo, de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales derivadas de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, así como de la posibilidad de recibir asesoramiento antes y después de la intervención; además se dispone un plazo de reflexión de al menos 3 días entre la entrega de la información y la práctica del aborto, a la vez que se exige la claridad y objetividad de dicha información y se imponen condiciones para que esta información se ofrezca en un ámbito y de un modo exento de presión para la mujer.

Tal como señala CUERDA ARNAU, se crea una fórmula despenalizadora que idea que es posible tutelar la vida prenatal sin necesidad de recurrir a la amenaza penal, al menos en primer y casi único término, basada, en primer lugar, en la prevención a partir de una serie de medidas educativas y socio-sanitarias destinadas a evitar embarazos no deseados; en segundo lugar, ofreciendo a la mujer durante el asesoramiento previo, elementos que puedan ayudarla a decidirse a favor de la continuidad del embarazo; en tercer lugar, estableciendo requisitos y condiciones que se tornan más exigentes a medida que avanza el proceso de gestación (más allá del plazo inicial de impunidad y a efectos de las indicaciones por causas médicas); y por último, recurriendo a la protección penal.⁶¹⁶

Ciertamente, la Ley de plazos resuelve el conflicto de bienes jurídicos (entre la vida del *nasciturus* y los derechos fundamentales de la mujer), otorgando preferencia a la decisión de la mujer embarazada durante el plazo inicial de la gestación (14 semanas), sin obstaculizar su autonomía para decidir sobre el aborto durante este periodo, más allá de lo razonable para prevenir decisiones desinformadas, precipitadas o irresponsables sobre la interrupción del embarazo. Así, durante este tiempo la vida humana en formación se

616

En este sentido CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, El debate, 2012, 225.

salvaguarda mediante una fórmula distinta a la habitual vía penal (pero no por ello menos efectiva): un conjunto de medidas públicas sociales, económicas y sanitarias, que establecen derechos, prestaciones y ayudas públicas para facilitar la maternidad y promover el sexo seguro para prevenir enfermedades de transmisión sexual y embarazos no deseados, el sometimiento obligatorio de la mujer al asesoramiento preventivo, o el cumplimiento del plazo de espera de 3 días entre el asesoramiento y la ejecución del aborto.

GÓMEZ MONTORO defiende que la LO 2/2010 ha dado clara preferencia a los derechos de la mujer, dándole libertad para abortar en las primeras 14 semanas de embarazo, exigiéndole unas garantías muy pequeñas; no pudiendo olvidarse que la STC 53/1985 declaró inconstitucional el Proyecto de Ley de 1983, justamente por considerar que las garantías que se establecían (notablemente superiores a las de la Ley de plazos) eran insuficientes. Por ello considera que la estricta aplicación de la doctrina de la STC 53/1985, conduce necesariamente a la declaración de la inconstitucionalidad del sistema de plazos de la LO 2/2010, recelando una falta de efectividad en la tutela del *nasciturus*.⁶¹⁷

Además, otros defensores de la inconstitucionalidad de la Ley de plazos consideran que el deber positivo de protección del FJ 7 de la Sentencia (“establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma, y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales”) es quebrantado por la LO 2/2010, en la medida en que se ofrece a la mujer la opción de abortar durante un plazo de tiempo determinado sin tener que dar razón alguna, simplemente por ser esa su voluntad, lo que a su entender conjetura una total desprotección del *nasciturus* durante esas semanas.⁶¹⁸

Ahora bien, para defender la tutela efectiva del *nasciturus* en la LO 2/2010 resulta necesario examinar cada uno de los medios de protección de la vida prenatal de que se vale la Ley, pues entiendo que es el único modo de valorar fielmente si el sistema del plazo con asesoramiento dispuesto por dicha Ley es constitucionalmente suficiente o

⁶¹⁷ Véase GÓMEZ MONTORO, Cuestiones actuales, 2012, 82, 84 y 85.

⁶¹⁸ En este sentido RODRÍGUEZ MOURULLO, División de poderes, 1987, 186 y sigs. En lo que respecta al sistema puro del plazo, LAURENZO COPELLO toma esta misma argumentación. Véase LAURENZO COPELLO, El aborto, 2005, 41 y sigs.

acorde con el deber estatal de protección de la vida (FJ 7 de la STC 53/1985), pudiéndose así juzgar si el legislador puede haber incurrido en una infraprotección del feto.

a) Las medidas en el ámbito educativo, sanitario y social

Como vimos precedentemente, uno de los objetivos primordiales de la LO 2/2010 es establecer las obligaciones de los poderes públicos para garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva y regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo. Así, los cuatro primeros capítulos del Título I de la Ley (artículos 1-10) organizan las políticas públicas para garantizar la salud sexual y reproductiva, así como un conjunto de medidas de carácter educativo, sanitario y social para promover la igualdad de género, poniendo especial atención a los colectivos con necesidades especiales, como los jóvenes o los incapacitados psíquicos, y tutelar así al *nasciturus* mediante la prevención de embarazos no deseados.⁶¹⁹

En primer lugar, se fundan los objetivos de la actuación de los poderes públicos en el desarrollo de sus políticas sanitarias, educativas y sociales, de modo que se garantice la información y educación afectivo sexual y reproductiva en los contenidos formales del sistema educativo, el acceso universal a los servicios y programas de salud sexual y reproductiva, el acceso a métodos seguros y eficaces que permitan regular la fecundidad, la eliminación de toda discriminación, la educación sanitaria integral y con perspectiva de género y la información sanitaria sobre anticoncepción y sexo seguro que prevenga los embarazos no deseados.

En el ámbito sanitario se organizan medidas para garantizar la calidad de los servicios y el acceso universal a prácticas clínicas efectivas de planificación de la reproducción humana, mediante la incorporación de anticonceptivos de última generación, cuya eficacia haya sido avalada por la evidencia científica, en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud. Asimismo, se acuerda que la formación de los profesionales de la salud se abordará con perspectiva de género (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 formación en la práctica clínica de la interrupción voluntaria del embarazo).

619

Un estudio más detallado de estas medidas se puede ver supra 1ª, III, 1.3.

Asimismo, en el ámbito educativo se incorpora la formación en salud sexual y reproductiva al sistema educativo, como parte del desarrollo integral de la personalidad y de la formación en valores, para garantizar entre otras cosas, la prevención de embarazos no deseados, en el marco de una sexualidad responsable basada en la igualdad y corresponsabilidad entre hombres y mujeres con especial atención a la prevención de la violencia de género, agresiones y abusos sexuales, teniendo en cuenta la realidad y las necesidades de los grupos o sectores sociales más vulnerables, como el de las personas con discapacidad, proporcionando, en todo caso a este alumnado, información y materiales accesibles, adecuados a su edad.

Para el cumplimiento de estos objetivos, el capítulo IV (art. 11) acuerda que el Gobierno, en cooperación con las Comunidades Autónomas, contempla la aprobación de un Plan de Estrategia de Salud Sexual y Reproductiva, para valorar en general los resultados, y en particular, el acceso universal a la salud sexual y reproductiva. Esto porque como señala CUERDA ARNAU, es necesario armonizar la política estatal con la de las Comunidades Autónomas, pues la experiencia ha demostrado que sin su colaboración no es posible llevar a término una estrategia nacional de salud sexual y reproductiva.

Como se ve, no son pocas ni banales las políticas sanitarias, educativas y sociales dispuestas por esta Ley para la protección y garantía de los derechos sexuales y reproductivos,⁶²⁰ resultando sumamente positiva la creación del Plan de Estrategia de Salud Sexual y Reproductiva para fiscalizar el desarrollo y los resultados de estas medidas, máxime al contemplarse el trabajo en conjunto del Gobierno estatal y las Comunidades Autónomas. En principio no existen razones para pensar que estas medidas no sean suficientes para proteger efectivamente al *nasciturus*, mayormente cuando esta Ley parte de la certeza de que una educación afectiva sexual y reproductiva

620

Pues como dice la Exposición de Motivos de la LO 2/2010, “el desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales. señaladamente, de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar”, de modo que “la decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual”, y por ende “los poderes públicos están obligados a no interferir en ese tipo de decisiones, pero, también, deben establecer las condiciones para que se adopten de forma libre y responsable, poniendo al alcance de quienes lo precisen servicios de atención sanitaria, asesoramiento o información”; una cuestión que “tiene una singular significación para las mujeres, para quienes el embarazo y la maternidad son hechos que afectan profundamente a sus vidas en todos los sentidos”.

adecuada, el acceso universal a prácticas clínicas efectivas de planificación de la reproducción y la disponibilidad de programas y servicios de salud sexual y reproductiva, es el modo más efectivo de prevenir, especialmente en personas jóvenes, embarazos no deseados y abortos.⁶²¹

No obstante, el motivo séptimo del recurso de inconstitucionalidad pretende la declaración de inconstitucionalidad del art. 5.1 e de la LO 2/2010, relativo a los objetivos de la actuación de los poderes públicos en lo referente a las políticas para la salud sexual y reproductiva, por vulnerar los artículos 9.3, 16.1 y 27.3 de la CE, en relación con el art. 10.1 y 2 de la CE, pues a su juicio, que los poderes públicos deban garantizar la educación sanitaria integral sobre salud sexual y reproductiva con perspectiva de género, significa imponer a los profesores la explicación de una materia conforme a una ideología determinada, lo que vulnera los derechos y libertades de alumnos y padres, así como la libertad de cátedra de dichos profesores, consagrada en el art. 20.1 c) de la CE. Asimismo, los recurrentes destacan la indeterminación del término “con perspectiva de género” en la Ley 2/2010, lo que traducen en inseguridad jurídica, lo que al incidir en el ámbito de las libertades y derechos fundamentales como es la libertad ideológica y el derecho a la educación, adquiere una trascendencia fundamental a la hora de enjuiciar la inconstitucionalidad de esta norma.⁶²²

Adviértase que la perspectiva de género es una categoría analítica que acoge a todas aquellas metodologías y mecanismos destinados al estudio de las características culturales y sociales propias de los hombres y las mujeres, ideada en la Cuarta Conferencia sobre la Mujer celebrada en Pekín en 1995, como elemento estratégico para promover la igualdad entre hombres y mujeres. De este modo se busca desnaturalizar, desde el punto de vista teórico y desde las intervenciones sociales, el carácter jerárquico que se ha venido atribuyendo a la relación entre los géneros para salvaguardar los

621 También enfermedades de transmisión sexual.

622 Para ello se basan en que esta una carencia que va había sido denunciada por el Consejo Fiscal y por el Consejo de Estado en sus respectivos informes al Anteproyecto de Lev. Mencionan que en concreto, el Consejo de Estado se refería a este defecto en su informe en términos especialmente críticos en el apartado XII, y en sus observaciones de redacción al articulado, al referirse a la expresión “enfoque de género” afirmaba que “está sin definir y, en consecuencia, introduce inseguridad”; una inseguridad que dicen, según denuncia el Consejo de Estado, cuando incide en el ámbito de las libertades y derechos fundamentales constitucionalmente garantizados –como es el caso de la libertad ideológica y el derecho a la educación– adquiere una trascendencia fundamental a la hora de enjuiciar la inconstitucionalidad de la norma.

derechos de las mujeres.⁶²³ En efecto, no considero serio pretender la inconstitucionalidad del art. 5.1 e, encumbrando la libertad de cátedra, la libertad ideológica o el derecho a la educación, a costa del desprecio de una categoría analítica (perspectiva de género) que consagra la igualdad de derechos entre hombres y mujeres para lograr el respeto de los derechos fundamentales de la mujer (vida, salud, igualdad, no discriminación, libertad, integridad personal, estar libre de violencia), que constituyen a su vez el núcleo esencial de los derechos sexuales y reproductivos. Más aún, cuando justificadamente se ha demostrado que la mujer necesita especial protección, pues los roles sociales han ignorado sus derechos en condiciones de igualdad (igualmente en torno al aborto).

A mi parecer, cuando la Ley acuerda que los poderes públicos deben garantizar la educación sanitaria integral sobre salud sexual y reproductiva con perspectiva de género, su única voluntad es garantizar el respeto de los derechos fundamentales de la mujer, y por ende reconocerle sus derechos sexuales y reproductivos -lo que en definitiva es imprescindible para determinar la constitucionalidad de esta Ley-, por lo que no me parece de recibo pretender la inconstitucionalidad de estas medidas por las razones expuestas; ¿sino de qué el empeño de los convenios internacionales por esta cuestión?⁶²⁴ Del mismo modo, parece un argumento inconsciente el de los recurrentes respecto a la inseguridad jurídica producida por la entendida imprecisión legal del término perspectiva de género.

b) El asesoramiento previo

El asesoramiento previo dispuesto por la LO 2/2010 no sólo respeta de manera adecuada los derechos fundamentales de la mujer embarazada, sino que también logra tutelar de manera efectiva la vida del *nasciturus* a partir de la información que durante el mismo se le ofrece a la mujer.

Como hemos visto en su momento, el contenido del asesoramiento previo incluye información que podría ser capaz de lograr que la mujer embarazada decida continuar con su embarazo. Por ejemplo, se le ofrece información relativa a las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto; sobre los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad;

623

Sobre la perspectiva de género véase CHÁVEZ CARAPIA, *Perspectiva de Género*, 2004, *passim*.

624

Llegados a este punto, resulta de gran interés leer la Sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-355, de 10 de mayo de 2006, en lo referente a los derechos fundamentales de las mujeres en la Constitución Política colombiana y en el derecho internacional. Véase *infra* 2ª, III, 4.2, c).

pertinente a las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; concerniente a los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento; datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro; y referencias sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo. En resumidas cuentas, en estas informaciones factiblemente la mujer podría encontrar salidas para enfrentar el embarazo, el parto y la maternidad de manera comprometida y digna. De ahí que se pueda concluir que un asesoramiento así dispuesto, es la garantía que conjetura la diferencia entre el modelo puro del plazo y el modelo del plazo con asesoramiento, en tanto constituye un mecanismo efectivo de protección para la vida del *nasciturus*.⁶²⁵

Positivamente, la Ley suma al asesoramiento previo un plazo de reflexión de al menos 3 días, que corre entre la entrega de la información y la práctica del aborto.

LAURENZO COPELLO señala que este plazo es una exigencia habitual en las legislaciones de nuestro entorno, que claramente busca favorecer la reflexión sobre las diversas alternativas disponibles y garantizar así una decisión responsable de la embarazada.⁶²⁶

Del mismo modo, entiendo que la Ley española dispone este plazo de reflexión con el fin de conseguir una decisión meditada y seria sobre el aborto, de manera que concibo es plazo como un mecanismo adicional de protección para el *nasciturus*, pues a nadie se le escapa que con seguridad durante ese tiempo la mujer cavilará su situación y repasará la información documental recibida, pues el aborto no es intrascendente para ninguna mujer, sino más bien un problema muy serio e íntimo. Por consiguiente, considero que este plazo fortalece la tutela, ya de por sí efectiva, que ofrece el asesoramiento previo.

De manera igualmente positiva, el art. 17.5 de la LO 2/2010 exige que la información sea clara, objetiva y comprensible, de modo que en el caso de las personas con discapacidad se proporcione en formatos y medios accesibles, adecuados a sus necesidades, y en todo caso, que se avise que dicha información podrá ser ofrecida,

⁶²⁵ CUERDA ARNAU, RP, núm. 25, 2010, 30: "(...) lo que supone una importantísima diferencia frente al modelo puro del plazo."

⁶²⁶ Véase LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 126.

además, verbalmente, si la mujer lo solicita. Por ejemplo, a efectos de la interrupción del embarazo a petición de la mujer, el art. 5 del RD 825/2010, prevé la entrega de la información en un sobre cerrado, junto con un documento adherido al sobre (que pueda separarse), donde se haga constar la fecha de la entrega, así como una nota en caracteres suficientemente legibles del siguiente tenor literal: “La información contenida en este sobre puede ser ofrecida, además, verbalmente, si se solicita. Artículo 17.5 de la Ley Orgánica 2/2010.”

En efecto, esta Ley no sólo se preocupa por la objetividad del asesoramiento previo para atender el respeto de los derechos fundamentales de la mujer, sino que también vigila la claridad y comprensibilidad de la información para garantizar a través de la misma la tutela efectiva de la vida prenatal, pues como hemos visto, se trata de información que podría ser capaz de hacer que la mujer se decida por la continuación del embarazo. De ahí que la Ley atienda las facultades o la facilidad de percepción de la mujer destinataria de la información, velando por que finalmente pueda tener una idea clara del contenido informativo.

Para GÓMEZ MONTORO la información a que hace mención la Ley de plazos española está muy lejos del asesoramiento previsto en la legislación alemana, obviando, “parece que voluntariamente”, cualquier tipo de referencia al valor de la vida humana y al mal que supone el aborto, de manera que entre las políticas públicas y medidas de tipo educativo no se recoge una sola referencia a la importancia de la vida humana, ni medida alguna para sensibilizar sobre la gravedad del aborto y la existencia de vías alternativas al mismo una vez que se ha producido el embarazo (en contraste con la doctrina del BVerfGE que ha insistido en que las instituciones públicas que ofrecen instrucción en asuntos de salud, asesoría familiar o instrucción sexual, tienen obligación de fortalecer en general la voluntad de proteger la vida del que está por nacer).⁶²⁷

Indudablemente la Ley española ha prescindido de manera voluntaria a incluir en el asesoramiento previo cualquier tipo de información que haga referencia a apreciaciones de carácter subjetivo sobre la vida o el aborto, pues como se ha analizado antes, la constitucionalidad de la Ley no sólo depende del cumplimiento del deber positivo de protección de la vida prenatal, sino también del respeto de los derechos fundamentales de la mujer embarazada, el cual se logra mediante el otorgamiento de la decisión libre y

627

Véase GÓMEZ MONTORO, Cuestiones actuales, 2012, 82, 84 y 85.

autónoma sobre el aborto a la mujer, al menos durante un plazo inicial suficiente, resultando indispensable que durante la asesoría no se ejerza ningún tipo de presión o exigencia sobre la mujer embarazada que pueda perturbar su voluntad autónoma y libre para decidir sobre el aborto.⁶²⁸

Por su parte, el recurso de inconstitucionalidad del PP (motivo primero) argumenta que no se puede compartir la afirmación del Dictamen del Consejo de Estado de 17 de septiembre de 2009, según la cual “la intervención determinante de un tercero en la formación de la voluntad de la mujer gestante, (esto es lo que la propia STC 53/1985 denominó “autodeterminación consciente”, sea dicho tercero, pareja, médico, funcionario o juez) no ofrece una mayor garantía para el feto y a la vez limita innecesariamente la personalidad de la mujer (10.1 CE), porque entienden que esa intervención “ajena y desinteresada” es la que precisamente permite la valoración de los valores en conflicto, por lo que se convierte no en una mayor garantía para el feto, sino en su verdadera y única garantía. Así, los recurrentes pretenden la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados por entender que el asesoramiento debe tener lugar necesariamente en una entrevista personal con el facultativo. Para ellos la inconstitucionalidad tan sólo obedece a que el legislador no haya elegido la entrevista personal para asesorar a la mujer, optando en su lugar por la entrega de un sobre cerrado conteniendo información genérica y estandarizada.

CUERDA ARNAU cree que sólo en el aborto por causas médicas del art. 15 podría estar justificada la entrevista personal, dado que las circunstancias pueden ser diferentes en cada caso y un asesoramiento individualizado no es fácil de suministrarse mediante un documento estandarizado, no obstante, considera que ni siquiera en esos casos podría declararse la inconstitucionalidad tan sólo por el hecho de que el legislador no haya optado por esa modalidad de aborto, pues es harto sabido que el recurso no es un juicio sobre la calidad de Ley.⁶²⁹

628

Como también se señalaba antes el asesoramiento previo en el modelo alemán carece de toda objetividad, en tanto abiertamente está dirigido a convencer a la mujer para continuar con la gestación, de modo que no cumple con los requerimientos constitucionales de la STC 53/1985 dirigidos al respeto de los derechos fundamentales de la mujer embarazada en torno al aborto, claramente sin descuidar el deber de protección de la vida prenatal. Véase supra 1ª, III, 5.1, a).

629

En este sentido CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, El debate, 2012, 228.

A mi parecer, aquí lo importante es el contenido de la información que recibe la mujer embarazada, esto es, su capacidad de proteger al *nasciturus* o de lograr que ella pueda decantarse por la continuación de la gestación, en tanto no puede ignorarse que la entrevista personal supone una obligación para la mujer con importantes cargas emocionales que con seguridad no favorece a que su decisión final sea la continuación del embarazo, pues como ha demostrado la experiencia práctica, la protección de la vida prenatal es más eficaz cuando la tutela del bien jurídico se articula a través de la voluntad de la mujer y no contra ella, de modo que un trato así de respetuoso hacia la embarazada durante el asesoramiento previo sin lugar a dudas resulta más ventajoso.⁶³⁰ En consecuencia, el rótulo puesto a la entrevista personal por los recurrentes, como una intervención “ajena y desinteresada” que ofrece una mayor garantía de protección para el feto (verdadera y única garantía), resulta contrario al conocimiento práctico adquirido por España en la vivencia del sufrimiento de la prohibición del aborto.

En definitiva, CUERDA ARNAU considera que el modelo de asesoramiento previo de la Ley de plazos española es suficiente desde la perspectiva de la tutela del *nasciturus*, sin perjuicio de que el legislador pudiera haber incorporado exigencias adicionales cuya ausencia, sin embargo, carece de trascendencia constitucional, como por ejemplo extender la información prevista para los supuestos de riesgo de graves anomalías en el feto, concerniente a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, a los casos en que se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable.⁶³¹

A mi parecer, el asesoramiento previo dispuesto por la LO 2/2010 es capaz de tutelar de manera efectiva al *nasciturus* en tanto brinda a la mujer información que ofrece opciones factibles para afrontar la maternidad, lo que podría hacer que la mujer decida continuar con su embarazo (ayudas públicas para las mujeres embarazadas, derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad, ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos, ayudas al nacimiento, beneficios fiscales para personas con hijos, etc.). Para ello vigila la claridad y comprensibilidad de la información atendiendo las facultades de percepción de la mujer destinataria de la información, velando por que finalmente pueda tener una idea clara del contenido informativo, disponiendo además un

⁶³⁰ De esta opinión CUERDA ARNAU, RP, núm. 25, 2010, 30.

⁶³¹ En este sentido CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, El debate, 2012, 229, n. 124.

plazo de 3 días entre el asesoramiento y la práctica del aborto que positivamente favorece la reflexión de la información y sus alternativas, hasta conseguir garantizar una decisión responsable de la embarazada.

c) El plazo de impunidad

Una de las cuestiones más debatidas en torno al sistema del plazo es la determinación del periodo inicial de impunidad, durante el cual la mujer puede abortar sin ofrecer motivación alguna sobre su decisión.⁶³²

Como es de sobra conocido, la LO 2/2010 ha optado por establecer en 14 semanas el plazo inicial de impunidad, concerniente a la interrupción voluntaria del embarazo a petición de la mujer del art. 14.

Cabe señalar la importancia del criterio que se emplee para la determinación de este plazo, pues de él puede depender que el periodo de impunidad resulte suficiente para que la mujer y los centros sanitarios puedan llevar a cabo, con certeza y garantías, el proceso abortivo dispuesto por la Ley.

LAURENZO COPELLO considera que la determinación del plazo debe realizarse en atención a las posibilidades y necesidades reales de las embarazadas para poder acceder a la interrupción legal del embarazo en condiciones de normalidad y seguridad, sin descuidar el deber de ofrecer una tutela efectiva a la vida intrauterina.⁶³³

CUERDA ARNAU comparte dicho criterio, y en consecuencia, reflexiona que el Consejo Fiscal se equivocó al sugerir un plazo de impunidad de 12 semanas, por considerar que este periodo tiene mayor consonancia con los países de nuestro entorno, cuando realmente muchos están por encima de las 14 semanas.⁶³⁴

632

Así lo reconocía TOMÁS-VALIENTE antes de la promulgación de la Ley, al reconocer que existían muchos puntos discutibles sobre ulteriores concreciones de este modelo, especialmente en lo referido a los fetos con malformaciones graves que no se detectasen hasta después de atravesar el umbral de la viabilidad. Véase TOMÁS-VALIENTE, La Suprema Corte, 2009, 119.

633

En este sentido LAURENZO COPELLO, Otra vez el aborto: el inevitable camino hacia un sistema de plazos, en RPJTD, núm. 3, 2008, 245 y sig.

634

Véase CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, El debate, 2012, 231.

Admito que este criterio es correctísimo, pues reconoce que para determinar el plazo de impunidad es imprescindible valorar la capacidad de los centros sanitarios públicos para tramitar la interrupción voluntaria del embarazo, y las posibilidades de las mujeres para completar el proceso abortivo en condiciones de normalidad y seguridad, de manera que disponga de tiempo suficiente para cerciorarse de su estado de gravidez, recibir el asesoramiento previo, y reflexionar su decisión última, para acceder a la práctica del aborto cuando así lo haya decidido.

El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el PP contra esta Ley de plazos (motivo primero), entiende vulnerado el art. 9.3 de la CE, por considerar que el art. 14 genera inseguridad jurídica tanto a la mujer como al médico o incluso a la protección del *nasciturus*, por no dejar claro el ámbito de lo punible, al no existir ninguna definición en la Ley que determine el período de impunidad, sin llegar a explicarse porque se ha establecido el plazo de impunidad en 14 semanas en vez de 12 o 16. Justifican la inseguridad jurídica en que si la gestación es el período que transcurre entre la implantación del óvulo fecundado en el útero y el parto, se debería determinar cuándo tiene lugar esa implantación que daría lugar a la gestación, considerando que los riesgos de error son muy grandes.

CUERDA ARNAU cree que la objeción de la indeterminación del plazo de impunidad por la Ley y su consecuente inseguridad jurídica, no tienen ninguna trascendencia legal, pues de ser cierta esta vacilación, la duda sobre si se puede o no practicar el aborto dentro del plazo legal establecido beneficiaría a los imputados; además, dilucida que la necesidad de determinar con exactitud cuándo tiene lugar la implantación del óvulo fecundado en el útero no es una cuestión imputable a la Ley, sino, si se quiere, al estado de la ciencia o a la misma naturaleza de las cosas.⁶³⁵

LAURENZO COPELLO considera que pretender a estas alturas hacer ver que la gestación es un concepto indeterminado que no garantiza la seguridad jurídica constituye un argumento inconsistente que parece desconocer las bases mínimas de la interpretación jurídico penal, pues tanto la determinación del momento de la gestación como el cómputo de las 14 semanas es una cuestión que ha de regirse por la *lex artis*, bastando una rápida mirada al Derecho comparado para constatar que prácticamente

635

Cfr. CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 231.

todas las legislaciones siguen este criterio, aunque varíen los plazos, siendo el adoptado también por el sistema de indicaciones español del art. 417 bis del CP.⁶³⁶

En mi opinión, la LO 2/2010 determina con exactitud el plazo de impunidad del aborto, al indicar claramente en el art. 14 que la interrupción del embarazo deberá practicarse durante las primeras 14 semanas de gestación, quedando claro con este tenor literal, que la Ley coloca el inicio del cómputo de este plazo en el comienzo de la gestación. Ahora bien, como hemos visto antes, la determinación del inicio de la gestación es un asunto que pertenece a la ciencia médica, sin que Ley deba entrar a precisar nada al respecto.

Como se ha indicado, los recurrentes también exigen una explicación del por qué se ha establecido el plazo de impunidad en 14 semanas en vez de 12 o 16, entendiéndose que el plazo dispuesto por la Ley resulta excesivo, y además contrario al FJ 5 de la Sentencia, relativo a el concepto de vida, la relevancia de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y el fruto de la gestación visto como un “*tertium*” existencial.

Una explicación sería del por qué se ha dispuesto el plazo de impunidad del aborto en 14 semanas, que también sirve para defender que no se trata de un plazo excesivo (como alegan los recurrentes), coexiste en el hecho de que justo durante ese periodo del embarazo (el primer trimestre gestacional) existe mayor riesgo de abortos espontáneos. Por tanto, efectivamente la Ley tiene muy en cuenta los procesos fisiológicos de crecimiento y desarrollo del embrión y del feto en el interior del útero materno al ponderar los bienes jurídicos en conflicto, otorgándole a la mujer la decisión libre sobre el aborto tan sólo durante el periodo en el que el peligro de frustración del embarazo es mucho mayor.

Además, como señala CUERDA ARNAU, no se puede precisar científicamente que entre la semana 12 y 14 de embarazo se de ningún cambio importante en el desarrollo de la vida prenatal,⁶³⁷ de manera que no existen razones científicas para considerarlo un plazo excesivo.

Del mismo modo, si se tiene en cuenta que el FJ 5 de la STC 53/1985 tan sólo dispone que la vida es un continuo devenir que inicia con la gestación y termina con la

⁶³⁶ Véase LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 124 y sig.

⁶³⁷ De esta opinión CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 233.

vida, durante el cual existen cambios cualitativos con especial consideración jurídica, como la viabilidad fetal a las 22 semanas de gestación (a partir de la cual el feto adquiere capacidad para vivir de manera independiente de la madre), y primordialmente el nacimiento (que le convierte en persona y por tanto en titular de derechos fundamentales), debemos entender que el plazo de 14 semanas no resulta descomunal porque verdaderamente es menor al primer cambio cualitativo que señala la Sentencia (la viabilidad fetal a las 22 semanas de gestación), de modo que no es verdad que el plazo de impunidad va en contra de las disposiciones doctrinales del FJ 5 como alegan los recurrentes.⁶³⁸

En conclusión no existe ninguna razón para considerar que el plazo de impunidad de 14 semanas dispuesto por la Ley sea contrario a la doctrina de la STC 53/1985.

d) Las exigencias especiales para la legalidad del aborto a medida que avanza el proceso de desarrollo de la gestación

La Ley de plazos también ofrece protección a la vida prenatal a partir de un conjunto de exigencias especiales para la legalidad del aborto más allá del plazo inicial de impunidad, las cuales son aún más rigurosas a medida que avanza el proceso de desarrollo de la vida anterior al nacimiento.

Estas exigencias se corresponden con el conjunto de requisitos y circunstancias propias de las indicaciones por causas médicas (la interrupción del embarazo por causas médicas) del art. 15 de la LO 2/2010.

El rigor de las mismas se debe a dos cuestiones significativas: en primerísimo lugar a los cambios cualitativos del proceso de desarrollo de la vida prenatal señalados anteriormente (dispuestos por el FJ 5 de la STC 53/1985: viabilidad fetal a las 22 semanas de gestación, y, más aún, el nacimiento);⁶³⁹ y en segundo al hecho de que la mujer ya ha disfrutado de un período inicial de impunidad de 14 semanas, capaz de permitirle ejercer de manera autónoma y libre su decisión sobre la interrupción del embarazo.

⁶³⁸

De esta opinión CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 232. Así lo entiende también TOMÁS-VALIENTE al señalar que el establecimiento por la Ley de un plazo de 12 o 14 semanas como frontera del aborto libre, a partir del cual y hasta la frontera de la viabilidad sólo se realizaría sobre la base una indicación terapéutica o embriopática, resulta compatible con la jurisprudencia constitucional sobre la vida prenatal. Véase TOMÁS-VALIENTE, *La Suprema Corte*, 2009, 119.

⁶³⁹

En unión al hecho que de ellas depende la legalidad del aborto más allá de la semana 15 de gestación.

A este propósito, cabe recalcar que la LO 2/2010 ofrece una tutela gradual de la vida prenatal que tiene en cuenta los cambios cualitativos propios del proceso fisiológico de crecimiento y desarrollo del embrión y del feto en el interior del útero materno, en cumplimiento con lo dispuesto en el FJ 5 de la Sentencia.⁶⁴⁰ Así, al inicio de la gestación la Ley da preferencia a los derechos de la mujer embarazada (14 semanas) sin interferir en su autonomía más allá de lo necesario para lograr decisiones meditadas (art. 14). Pasado este periodo, los derechos de la mujer ceden frente a la vida prenatal hasta el final del embarazo, de modo que el aborto sólo se autoriza en ciertas situaciones de conflicto predeterminadas por la Ley. Como señala LAURENZO COPELLO, entre la semana 15 y 22 de embarazo el aborto sólo se autoriza en situaciones específicas de conflicto donde aparecen comprometidos de forma muy intensa los derechos a la vida y a la salud de la mujer embarazada (indicación terapéutica del art. 15 a), o su libertad ante la fuerte sobrecarga que supone tener un hijo con graves anomalías físicas o psíquicas (indicación eugenésica del art. 15 b).⁶⁴¹ Pero a partir de la semana 23 de embarazo, la tutela de la vida prenatal se fortalece aún más porque el feto alcanza la viabilidad de sobrevivir de manera independiente a la madre, de modo que la Ley prevé la legalidad del aborto en casos aún más extremos, si cabe, como las anomalías incompatibles con la vida o la detección tardía de una enfermedad extremadamente grave e incurable (art. 15 c).

Ahora bien, el art. 15 de la LO 2/2010 limita en 22 semanas el plazo para la ejecución del aborto terapéutico y embriopática por riesgo de graves anomalías en el feto (art. 15 a y b); restricción temporal que no utiliza a efectos de la indicación embriopática referente a anomalías fetales incompatibles con la vida, o enfermedades extremadamente graves e incurables detectada de forma tardía (art. 15 c).

Ahora veamos algunas cuestiones señaladas sobre las exigencias especiales que nos ocupan.

640

Ello admite una tutela de la vida prenatal aún más cierta y una ponderación de los bienes en conflicto bastante considerada.

641

Véase LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 109.

➤ **El plazo de 22 semanas de la indicación terapéutica y de la indicación embriopática por riesgo de graves anomalías en el feto**

El plazo de 22 semanas establecido por la LO 2/2010 a efectos de la indicación terapéutica y de la indicación embriopática por riesgo de graves anomalías en el feto (art. 15, incisos a y b), como se ha mencionado ya, coincide con el inicio del segundo trimestre de la gestación, que es cuando el feto adquiere viabilidad extrauterina. En efecto, este plazo se convierte en un elemento adicional de protección para la vida prenatal durante la fase de desarrollo más importante hasta llegar al nacimiento, en que el feto adquiere capacidad para vivir fuera del útero materno.

Comparto la opinión de CUERDA ARNAU cuando reflexiona que ampliar este plazo - como pretendía la Asociación de clínicas acreditadas para la interrupción del embarazo (ACAI) durante el debate de la Ley en la subcomisión parlamentaria- era una cuestión innecesaria y perturbadora. En el caso de la indicación terapéutica, porque las hipótesis de estado de necesidad pueden solventarse conforme a las reglas generales, incluso más allá de las 22 semanas de embarazo, mientras tanto los casos en que no es necesario dar muerte al feto para preservar la vida o la salud de la madre no estarían comprendidos en esta indicación, y en su lugar procedería un parto pretérmino. Y en el caso de la indicación embriopática, porque los avances del diagnóstico prenatal permiten detectar la mayoría de malformaciones con anterioridad a las 22 semanas de gestación, y si estas malformaciones se detectan más tarde y generan un grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada, queda, como se ha dicho, el recurso a la eximente genérica de estado de necesidad, o bien, resta, sin sujeción a plazo alguno, la indicación del art. 15 inciso c, para los casos de malformaciones extremadamente severas.⁶⁴²

➤ **La ausencia de plazo en la indicación embriopática relativa a anomalías fetales incompatibles con la vida o enfermedades extremadamente graves e incurables detectadas de forma tardía**

La indicación embriopática del art. 15 c, relativa a anomalías fetales incompatible con la vida o enfermedades extremadamente graves e incurables detectadas de forma tardía, no prevé ningún plazo límite para la práctica de la interrupción del embarazo, de modo que, al tenor de este precepto, el aborto embriopático podría realizarse pasadas las 22 semanas de embarazo cuando el feto ha adquirido viabilidad extrauterina (feto viable).

642

Véase CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, El debate, 2012, 235 y sig.

Aquí no existe el plazo de las 22 semanas dispuesto a efectos del aborto eugenésico por riesgo de graves anomalías fetales, que allí sirve de elemento adicional de protección para la vida prenatal durante la fase de desarrollo más importante hasta llegar al nacimiento (en que el feto adquiere capacidad para vivir fuera del útero materno). En consecuencia, la tutela de la vida del *nasciturus* en estos supuestos realmente se ofrece a partir de los demás elementos de protección que dispone la LO 2/2010, es decir, de la prevención de embarazos no deseados, del asesoramiento previo a la mujer sobre prestaciones y derechos que la puedan hacer decidirse por la continuación del embarazo, de las demás exigencias y condiciones establecidas por el art. 15 c, y finalmente, del recurso al Derecho penal.

Esta situación plantea mayores problemas por tratarse de un feto viable al que el FJ 5 de la STC 53/1985 reconoce una especial consideración jurídica por haber superado la viabilidad fetal de las 22 semanas de gestación, que es cuando se adquiere capacidad para vivir de manera independiente de la madre.

CUERDA ARNAU considera muy discutible desde la perspectiva meramente constitucional que a partir de la semana 22 se pueda autorizar la destrucción del feto viable del modo que lo hace el art. 15 c, esto es, con carácter general y sin adopción de medidas adicionales dirigidas a preservar la vida en estos casos. Procede así a realizar un correcto análisis sobre lo que a su parecer es la interpretación constitucional que merece el art. 15 c. No obstante, también efectúa otras interpretaciones de esta norma, más acordes con el respeto de los derechos fundamentales de la mujer, que al mismo tiempo conjeturan una protección reforzada de la vida prenatal a partir de las 22 semanas de gestación. En cualquier caso, deja claro que, más allá de la viabilidad fetal no se pierden los derechos de la mujer embarazada, sino que cambia el contexto de justificación del aborto legal, en tanto la viabilidad del feto exige la adopción de medidas tendentes a su preservación, aunque éstas no sean necesariamente de naturaleza penal.⁶⁴³ Ahora bien, me basaré en este análisis para explicar brevemente las cuestiones debatidas al respecto.

Si se tiene en cuenta el límite inicial de la viabilidad fetal (22 semanas) dispuesto por el FJ 5 de la Sentencia, pareciera que lo único que autoriza con carácter general la LO 2/2010 es un parto inducido, sin perjuicio de la procedencia de la eximente genérica de estado de necesidad (cuando la interrupción del embarazo, mediante el parto pretérmino,

643

En este sentido CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 246 y sigs.

no sea suficiente para solucionar el conflicto, permitiéndose dar muerte al feto). Lo anterior, porque como señala CUERDA ARNAU, concurre el deber de la madre a dar soporte vital al feto más allá del plazo inicial de impunidad de las 14 primeras semanas, un deber reconocido por el BverfG, y que se deduce en la LO 2/2010, en tanto que, pasado aquel plazo, sólo se autoriza la interrupción del embarazo por concurrir circunstancias que permitan exonerar a la mujer de llevar a término la gestación (indicaciones).⁶⁴⁴

Sin embargo, a nadie se le escapa que obligar a la mujer a dar a luz a un hijo, a sabiendas de que sufre una enfermedad extremadamente grave o incurable, con alta probabilidad de muerte fetal o neonatal, o que suponen una vida corta del futuro hijo y una dependencia extrema o profunda deficiencia, evidentemente supone un sufrimiento inmenso y una carga personal, emocional y económica tremenda para la madre y su familia, a quien se le limita gravemente su libertad y su proyecto de vida, de manera que el Estado no puede obligarla a seguir adelante con un embarazo en dichas condiciones.⁶⁴⁵

Por ello, CUERDA ARNAU interpreta que estas mismas circunstancias pueden servir para explicar que se permita la interrupción del embarazo (parto pretérmino) pese al mayor riesgo que para la vida del feto supone interrumpir la gestación antes de su completa maduración, lo que no impide la aplicación de la eximente genérica de estado de necesidad en aquellos casos en que el conflicto no pueda resolverse de otro modo que dando muerte al feto (cuando en ese caso concreto el conflicto implique una grave afectación para la salud psíquica de la mujer). Para ello conjuntamente delibera que la maternidad admite deberes legales que correspondería asumir al Estado sin poder exigir a la mujer la asunción de la maternidad más allá del simple hecho biológico.^{646 647}

Ahora bien, desde la perspectiva del respeto de los derechos fundamentales de la mujer embarazada, se debe tener en cuenta lo dispuesto por la STC 53/1985 en el FJ 9, al referir que “el legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también

⁶⁴⁴ Véase CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 248, n. 142.

⁶⁴⁵ Como también reconoció la STC 53/1985 en el FJ 11.

⁶⁴⁶ Al respecto CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 249.

⁶⁴⁷ No obstante, como veremos a continuación, aquí entra en juego el principio de prohibición de exceso o proporcionalidad, en tanto el recurso a la sanción penal en estos casos es un mecanismo de tutela del *nasciturus* contrario a dicho principio, dada la incidencia desproporcionada de la pena en los derechos de la mujer.

renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección de Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos.”

Del mismo modo el FJ 11 c), que haciendo referencia a una indicación de menor alcance, como era la anterior indicación embriopática del art. 417 bis del CP, apoya el fundamento en la inexigibilidad de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia, que se ve agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar 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 que les sobreviva”.

A partir de estas consideraciones jurisprudenciales se justifica que el legislador renuncie a la sanción penal del aborto voluntario cuando el feto sufra enfermedades extremadamente graves e incurables, en tanto la maternidad en estos casos supone una carga insoportable para cualquier mujer (una carga personal, emocional y económica tremenda para la madre, a quien se le limita gravemente su libertad y su proyecto de vida), pues como recalca CUERDA ARNAU, el recurso a la sanción penal en estos casos es un mecanismo de tutela del *nasciturus* contrario al principio de prohibición de exceso o proporcionalidad por diferentes razones, de entre las cuales destaca la incidencia desproporcionada en los derechos de la mujer.⁶⁴⁸

En mi opinión, sin lugar a dudas resulta justificado que el legislador renuncie a la sanción penal del aborto voluntario cuando el feto sufra enfermedades extremadamente graves e incurables a pesar de haberse superado el umbral de la viabilidad fetal, pues se trata de casos extremos donde la maternidad se convierte en una carga tremenda que coloca a la mujer en una situación excepcional y angustiosa, de manera que obligar a la mujer a tener al hijo en estas condiciones, vulnera su libertad y limita gravemente su proyecto de vida y su dignidad como persona.

Al llegar a este punto, se debe valorar la necesidad de reforzar la protección del *nasciturus* más allá de las 22 semanas, dada la renuncia a la sanción penal del aborto voluntario cuando el feto sufre enfermedades extremadamente graves e incurables, pues

648

Al respecto CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, El debate, 2012, 250.

no puede ignorarse la especial consideración jurídica que la STC 53/1985 otorga a la viabilidad fetal (cuando el feto adquiere capacidad para vivir de manera independiente de la madre a partir de las 22 semanas de gestación), independientemente de los demás elementos de protección que establece la Ley (la prevención de embarazos no deseados, el asesoramiento previo a la mujer sobre prestaciones y derechos que la puedan hacer decidirse por la continuación del embarazo, las demás exigencias y condiciones establecidas por el art. 15 c, y, el recurso al Derecho penal como “*ultima ratio*”).

Como señala CUERDA ARNAU el legislador que renuncia a la sanción penal puede, o más bien debe crear las condiciones favorables para que la mujer opte por un parto pretérmino, y en su caso, pueda renunciar a los derechos y deberes dimanantes de la maternidad. Por ejemplo añadiendo a la garantía que supone el comité clínico (encargado del diagnóstico) un modelo reforzado de asesoramiento que asegure que la mujer es conocedora de la viabilidad fetal, y de que, en principio, la interrupción del embarazo es compatible con la continuación de la vida, es decir, un modelo cercano al alemán, que persigue animar a la madre a gestar y dar a luz al hijo; para ello aclara que un modelo así sólo resultaría adecuado a la jurisprudencia constitucional en estos casos límite y nunca con carácter general. O bien, diseñando un proceso ágil y efectivo para que la mujer pueda renunciar a los derechos y deberes dimanantes de la maternidad de manera sencilla y con garantías que le permitan considerar que ha ejercitado una opción responsable.⁶⁴⁹

En definitiva, resulta paradójico que la Ley de plazos española no haya fortalecido la protección de la vida prenatal más allá de las 22 semanas de gestación para equilibrar la renuncia a la sanción penal en los supuestos de aborto voluntario por enfermedades extremadamente graves o incurables, teniendo en cuenta la especial valoración jurídica que le otorga la STC 53/1985 a la vida humana en formación a partir de dicha viabilidad, cuando sí lo hace durante el plazo de impunidad de las primeras 14 semanas de gestación (incluyendo en el asesoramiento información que podría ser capaz de hacer que la mujer se decida por continuar con el embarazo) durante el cual el riesgo de aborto espontáneo es mayor. Conformemente, considero que la tutela procurada por la LO 2/2010 para el *nasciturus* a partir de las 22 semanas de gestación podría superar el juicio

649

Al respecto CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 251 y sig.

de constitucionalidad, pero verdaderamente el legislador incurre en una infraprotección del bien jurídico vida prenatal.

➤Las causas médicas que admiten la interrupción voluntaria del embarazo y los dictámenes médicos que las diagnostican

Sin lugar a dudas, otro mecanismo efectivo de protección de la vida humana en formación, propio de las indicaciones por causas médicas del art. 15, son los dictámenes médicos preceptivos a los que corresponde confirmar la verdadera existencia de los problemas médicos que dan lugar a estas indicaciones, esto es, el riesgo grave para la vida o la salud de la madre (indicación terapéutica), el riesgo de graves anomalías en el feto, la detección de anomalías fetales incompatibles con la vida y el descubrimiento de enfermedades extremadamente graves e incurables de manera tardía (indicación eugenésica).

En contraste, el recurso de inconstitucionalidad del PP duda de la tutela efectiva de la vida prenatal a partir de las causas médicas dispuestas en el art. 15 (incisos a, b y c), pretendiendo la declaración de inconstitucionalidad de dicho precepto (motivos segundo y tercero).

En primer lugar, los recurrentes entienden que la nueva Ley de plazos, al no distinguir entre salud física y psíquica, implica la extensión de este supuesto de despenalización del aborto a ámbitos distintos de la salud física o psíquica, en virtud del art. 2 inciso a de la LO 2/2010, que define el término salud como “el estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Un cambio que para ellos tiene una gran relevancia, “puesto que supone una extensión absolutamente injustificada del aborto terapéutico que puede llevar en muchos casos a desvalorizar de forma inadmisiblemente la vida humana del *nasciturus* frente a un valor de mucha menor entidad, como es el “bienestar social”, vulnerando la doctrina sentada por el TC sobre la aplicación del art. 15 CE a la vida humana en formación.”

CUERDA ARNAU expone que el art. 15 de la LO 2/2010 comienza por señalar que la interrupción del embarazo sólo tendrá lugar por esta causa “excepcionalmente”, refiriéndose en todo momento a “causas médicas” y exigiendo claramente en el inciso a que el riesgo para la salud sea “grave”, extremos que deberán aparecer acreditados en un dictamen “médico”, lo que le aleja de la hipótesis formulada por los recurrentes en el

sentido que “cabría practicar un aborto si la madre considera que seguir adelante con su embarazo le produce un grave riesgo para su completo bienestar social”.⁶⁵⁰

En mi opinión, el dictamen médico requerido por el inciso a del art. 15, es un mecanismo de control suficiente para evitar el acceso a una interrupción del embarazo basada en un peligro más o menos remoto o indeterminado como el que formulan los recurrentes, en tanto en el mismo debe acreditarse la gravedad del riesgo para la vida o la salud de la madre desde la perspectiva médica, lo que supone la existencia de al menos una probabilidad importante de la producción de un daño según los conocimientos de la ciencia, conocimiento técnico que implica el mantenimiento y la recuperación de la salud mediante el diagnóstico, tratamiento y prevención de las enfermedades, y nunca el cuidado y reparación del bienestar social enfocado a la simple tranquilidad y satisfacción humana. Por tanto, pareciera que esta cuestión no tiene sentido clínico, en tanto aquí no tiene cabida cualquier peligro para la salud (o el bienestar social), sino que lo que realmente permite la interrupción del embarazo al tenor de esta indicación, es un “peligro grave” de daño importante, sin que una simple contrariedad que afecte ligeramente el bienestar social de la mujer pueda justificar jamás la práctica de un aborto legal bajo el amparo de esta indicación. Además, al tenor de la Ley de plazos no resulta necesario encubrir una indicación social de amplio alcance, porque la mujer siempre puede optar por abortar sin necesidad de alegar causa alguna durante las primeras 14 semanas de gestación.

En segundo lugar, los recurrentes fundamentan la contrariedad de los incisos b y c del art. 15 de la LO 2/2010 con el art. 9.3 de la CE, alegando la imprecisión de los términos utilizados por este precepto para determinar las situaciones que conforman cada uno de los supuestos de impunidad de la indicación embriopática, como “riesgo de graves anomalías en el feto”, “anomalías fetales incompatibles con la vida”, “enfermedades extremadamente graves e incurables”, llegando a alegar que dichas expresiones generan una absoluta inseguridad jurídica para los intervinientes en el aborto, que supone la desprotección de la vida humana en formación.

Para CUERDA ARNAU la concreción de estos conceptos es una decisión de calidad de la Ley, de modo que, aun aceptando lo que ya es discutible (que las definiciones legales

650

Al respecto CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 237.

comporten la utilidad que se les supone), nada afecta a la constitucionalidad de la norma.⁶⁵¹

En un sentido parecido LAURENZO COPELLO, quien considera que la determinación del concepto de anomalía fetal y la valoración de su gravedad corresponde a la ciencia médica, de modo que el Derecho penal no puede más que respetarlo,⁶⁵² una consideración que entiendo aplicable al resto de términos utilizados por las indicaciones del inciso c del art. 15 (“anomalías fetales incompatibles con la vida” y “enfermedades extremadamente graves e incurables”), con independencia de que -como dice CUERDA ARNAU- por vía interpretativa sea posible fijar el contenido de estas fórmulas.⁶⁵³

En definitiva, no existen razones para alegar la imprecisión legal de los términos utilizados por este precepto para determinar las situaciones que conforman cada uno de los supuestos de impunidad de la indicación embriopática, hasta el punto de generar una absoluta inseguridad jurídica para los intervinientes en el aborto y la desprotección de la vida humana en formación, pues estos conceptos son perfectamente conceptibles a partir de su propia enunciación, mientras tanto su conceptualización es una cuestión propia de la ciencia médica que en nada influye a la constitucionalidad de la norma, y en cualquier caso, los dictámenes médicos exigidos por el art. 15 son mecanismos suficientes de protección de la vida humana en cuenta están llamados a asegurar la verdadera concurrencia de las causas médicas que dan lugar a la legalidad del aborto más allá del plazo inicial de impunidad.

e) El recurso al Derecho penal como “ultima ratio”

Como se señalaba anteriormente, la LO 2/2010 ha optado por tutelar la vida prenatal sin recurrir a la amenaza penal desde un primer momento o en único lugar, basándose en lo que la experiencia práctica ha demostrado, esto es, que la protección de

⁶⁵¹ Al respecto CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 237.

⁶⁵² En este sentido LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 135.

⁶⁵³ Para CUERDA ARNAU estos conceptos son perfectamente definibles por vía interpretativa: el contenido de la fórmula “anomalía incompatible con la vida”, que invoca una anomalía que necesariamente conduce a la muerte del feto; o del concepto de “enfermedades extremadamente graves e incurables”, que se refiere a enfermedades que inevitablemente van a conducir a la muerte ante la inexistencia de un tratamiento curativo. Cfr. CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 237 y sig.

la vida prenatal es más eficaz a través de políticas activas de apoyo a las mujeres embarazadas y a la maternidad.

Así, durante el periodo de impunidad inicial de las primeras 14 semanas de gestación, la Ley se sirve de una tutela no penal del *nasciturus*, basada en la prevención de embarazos no deseados (medidas educativas y socio-sanitarias) y en ofrecer a la mujer durante el asesoramiento previo información que pueda ayudarla a decidirse a favor de la continuidad del embarazo; y más tarde, a partir de las 15 semanas de gestación, la Ley se vale de exigencias más rigurosas para la legalidad del aborto a medida que avanza el proceso de gestación (las indicaciones por causas médicas del art. 15).

Ahora bien, después de haber agotado dichos elementos no penales para la protección de la vida prenatal, esta Ley recurre en último recurso al Derecho penal. Es decir, la Ley de plazos realmente no renuncia a la protección del *nasciturus* a través del Derecho penal, sino que opta a ella en “*ultima ratio*”, después de haber agotado todos los elementos de tutela no penal para la prevención del delito de aborto.

El recurso de inconstitucionalidad presentado por el PP contra ciertos preceptos de la Ley 2/2010, pretende la declaración de inconstitucionalidad del art. 14 de esta Ley (interrupción del embarazo a petición de la mujer durante las primeras 14 semanas del embarazo), en tanto los recurrentes consideran que la Ley renuncia a la protección penal del *nasciturus*, considerando además radicalmente insuficientes las “pretendidas garantías administrativas” que en su lugar dispone para proteger al *nasciturus*, entendiendo que las mismas no pueden sustituir sin más a la “garantía penal”, y justificar así el sacrificio de la vida humana del *nasciturus*. Por consiguiente, alegan que la supresión de la garantía penal de la vida humana del *nasciturus* en los casos en que la madre decide ponerle fin a esta vida únicamente por su deseo, vulnera el art. 15 de la CE, porque -según ellos- tal y como lo ha entendido el TC, la regulación de unas “pretendidas garantías administrativas” no es bastante para entender protegida la vida humana en formación.⁶⁵⁴

Para empezar, cabe explicar que el recurso a la sanción penal como “*ultima ratio*” es una opción legítima que se funda en el principio de intervención mínima, según el cual el Derecho Penal debe ser la “*ultima ratio*” de la política social del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan

654

En este sentido el motivo primero del recurso de inconstitucionalidad.

sufrir, de modo que la intervención del Derecho Penal en la vida social debe reducirse a lo mínimo posible (minimización de la respuesta jurídica violenta frente al delito). En tanto el principio de intervención mínima forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, su exigencia descansa en el doble carácter del Derecho Penal: primero, el de ser un derecho fragmentario que no protege todos los bienes jurídicos sino tan solo aquellos que son más importantes para la convicción social, limitándose además, a la tutela de aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes; y segundo, el de ser un Derecho subsidiario que, como “*ultima ratio*”, ha de operar únicamente cuando el orden jurídico no pueda ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.⁶⁵⁵

CUERDA ARNAU convoca el principio constitucional de prohibición de exceso, para apuntar que la decisión de la Ley 2/2010 de renunciar a servirse de la protección penal en primer y casi único término, cual sucedía en la anterior regulación del aborto y, de otro, a recurrir a la pena privativa de libertad, resulta inobjetable constitucionalmente, en tanto viene impuesta por este principio constitucional, aclarando que esta era la única opción compatible con el mismo, pues como señalan GONZÁLEZ CUSSAC y VALDECABRES ORTIZ no es ya la innecesidad de recurrir a la pena para tutelar al *nasciturus* sino incluso la ilegitimidad del recurrir a ella, por estimar que este es un supuesto en que resulta de aplicación la doctrina sobre el efecto del desaliento.⁶⁵⁶

Por tanto, resulta indiscutible que la Ley de plazos realmente no renuncia a la protección penal, sino que opta a ella como “*ultima ratio*”, cumpliendo así con las exigencias propias del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, relativas al carácter fragmentario (no protege todos los bienes jurídicos sino tan solo aquellos los más importantes para la convicción social) y subsidiario (opera únicamente cuando el orden jurídico no pueda ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal) del Derecho Penal. Por tanto, la

655

Este principio se configura alrededor de otros principios como el de “fragmentariedad”, “*ultima ratio*”, “proporcionalidad o de prohibición del exceso” y hasta el de “insignificancia”, todos ellos limitadores del Derecho Penal, que pretenden evitar que éste se extralimite y afecte el Estado de Derecho. Cfr. VILLEGAS FERNÁNDEZ, ¿Qué es el principio de intervención mínima?, Revista Internauta de Práctica Jurídica, núm. 23, 2009, 1 y sigs.

656

Véase CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, El debate, 2012, 238 y sig., n. 134. En esta línea TOMÁS-VALIENTE, en: IAN SAPHIRO/DE LORA/TOMÁS-VALIENTE, La Suprema Corte de los Estados Unidos y el aborto, 2009, 113.

alegación de los recurrentes -al considerar que las “pretendidas garantías administrativas” para proteger al *nasciturus* no pueden sustituir sin más a la “garantía penal” y justificar así el sacrificio de la vida humana del *nasciturus*-, carece de todo sentido dogmático, sin que pueda pretenderse seriamente por ello la inconstitucionalidad de esta norma.

Ahora veamos de nuevo lo prevenido por el FJ 7 de la STC 53/1985, esto es, que el Estado está obligado a establecer “un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya como garantía última las normas penales”; pues esta consideración jurisprudencial también permite valorar, desde la perspectiva constitucional, la efectividad de la opción político criminal de la Ley de plazos española, referente al recurso al Derecho penal como “*ultima ratio*” para tutelar la vida prenatal.

LAURENZO COPELLO recalca que lo único que dijo aquí el TC fue que el Estado tiene la obligación de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya como última garantía las normas penales.⁶⁵⁷

Del mismo modo CUERDA ARNAU, quien aclara que la falta de tutela penal de la vida prenatal en las primeras 14 semanas de gestación en nada se opone a la doctrina constitucional, pues el TC nunca ha dicho que la tutela tenga que ser siempre y en todo momento de naturaleza penal, recalcando que el TC no sólo no lo dijo sino que se limitó a referirse a esa modalidad de tutela como “última garantía” en el FJ 7 de la STC 53/1985.⁶⁵⁸

A mi modo de ver, resulta evidente la legitimidad de esta opción político criminal desde la perspectiva constitucional, porque la Ley cumple fielmente el deber constitucional de protección de la vida prenatal dispuesto por el FJ 7 de la STC 53/1985, al incluir como garantía última las normas penales como manifiestamente dispone la Sentencia. Por ello

⁶⁵⁷ Véase LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 102.

⁶⁵⁸ De manera que la legitimidad constitucional de esa opción político criminal se deriva del hecho de que la Ley dispensa la necesaria tutela al *nasciturus*, prioritariamente por la vía de imponer un asesoramiento en las primeras 14 semanas, y después, prohibiendo la interrupción del embarazo como normal general cuyo incumplimiento puede comportar responsabilidad penal. En este sentido CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 240 y sig.

carece de sentido jurídico la alegación de los recurrentes de que las “pretendidas garantías administrativas” para proteger al *nasciturus* no pueden sustituir “sin más” a la “garantía penal”, pues no es verdad que la Ley de plazos sustituya “sin más” la protección penal, sino que prescinde de ella inicialmente (14 primeras semanas de gestación) recurriendo a la misma, a la postre, más allá del plazo inicial de impunidad.

Conjuntamente, no se puede desconocer que el fundamento jurídico de la desaparición de la tutela penal dominante de la vida humana en formación durante el período inicial de impunidad, es la finalidad de hacerla compatible con el debido respeto de los derechos fundamentales de la mujer, a quien hay que permitirle en algún momento del embarazo el ejercicio de los mismos, porque en ningún caso el legislador legítimamente puede obligarla a ser madre en contra de su voluntad. De modo que no se puede adjudicar a la mujer la responsabilidad de la maternidad de por vida, pues con ello se afectaría enormemente su proyecto de vida y su dignidad como persona, al reducirla a un mero “instrumento de reproducción”.⁶⁵⁹

En conclusión, el recurso al Derecho penal como “*ultima ratio*” es un elemento eficaz de protección del *nasciturus* que de ningún modo puede resultar cuestionado, en tanto viene impuesto por el principio constitucional de prohibición de exceso, mostrándose conforme al deber constitucional del Estado de protección de la vida prenatal reconocido en el FJ 7 de la STC 53/1985.

f) Conclusiones sobre la tutela efectiva del nasciturus

En términos generales, considero que la LO 2/2010 ofrece una protección constitucionalmente suficiente de la vida prenatal durante toda la duración del embarazo, en tanto cumple con el deber positivo de tutela efectiva de la vida dispuesto por el FJ 7 de la STC 53/1985.

No es cierto que el Estado abandone al *nasciturus* durante las 14 primeras semanas de gestación, dejándole sin protección alguna, -como señala el motivo primero del recurso de inconstitucionalidad-, pues lo que realmente hace la LO 2/2010 es optar legítimamente, durante las primeras 14 semanas de gestación, por una tutela de naturaleza no penal, basada en la prevención de embarazos no deseados y abortos, y en la obligatoriedad

⁶⁵⁹

De esta opinión TOMÁS-VALIENTE, en: IAN SAPHIRO/DE LORA/TOMÁS-VALIENTE, La Suprema Corte de los Estados Unidos y el aborto, 2009, 97 y sigs.

para la mujer de un asesoramiento previo. Se ofrece así una protección real del *nasciturus* a través de la voluntad de la mujer, y no contra ella, de manera que la mujer adoptará su decisión tras haber sido informada de todas las prestaciones, ayudas y derechos a los que puede acceder si desea continuar con el embarazo, de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales derivadas de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, así como de la posibilidad de recibir asesoramiento antes y después de la intervención, disponiéndose de un plazo de reflexión de al menos 3 días entre el asesoramiento y la ejecución del aborto que además permite obtener una decisión seria y reflexionada.

Más allá del periodo inicial de impunidad, la Ley dispone exigencias más severas para la legalidad del aborto a efectos de las indicaciones por causas médicas del art. 15, de manera que el aborto está prohibido por regla general salvo en los casos dispuestos en las indicaciones médicas. Además, la Ley recurre legítimamente al Derecho penal como última garantía de protección, después de haber agotado todos los demás elementos no penales de protección para prevenir el delito, y cumpliendo con las exigencias propias del principio de intervención mínima y de su inseparable principio de proporcionalidad o prohibición de exceso, y como no, cumpliendo igualmente con el deber constitucional de protección de la vida dispuesto en el FJ 7 de la Sentencia.

En definitiva, todos estos mecanismos de protección penal y no penal de la vida del *nasciturus*, a mi juicio resultan suficientes constitucionalmente para articular la obligación estatal de protección de la vida prenatal dispuesta en el FJ 7 de la Sentencia.

Ahora bien, creo que el legislador puede haber incurrido en una infraprotección del feto más allá de las 22 semanas de gestación, en lo concerniente a la indicación eugenésica del inciso c del art. 15, relativa a anomalías fetales incompatibles con la vida o enfermedad extremadamente grave e incurable diagnosticada de manera tardía, teniendo en cuenta la especial consideración jurídica que el FJ 5 de la STC 53/1985 otorga a la viabilidad fetal (cuando el feto adquiere capacidad para vivir de manera independiente de la madre a partir de las 22 semanas de gestación) y la renuncia a la sanción penal del aborto voluntario en estos supuestos, independientemente de los demás elementos de protección que establece la Ley (prevención de embarazos no deseados, asesoramiento previo a la mujer sobre prestaciones y derechos que la puedan hacer decidirse por la continuación del embarazo, exigencias y condiciones más severas para la legalidad del

aborto eugenésico del art. 15 c, y, el recurso al Derecho penal como última garantía de protección).

5.3. La constitucionalidad del modelo del plazo con asesoramiento de la Ley Orgánica 2/2010. ¿El modelo de las indicaciones como única opción legítima?

La STC 53/1985 es lo bastante compleja como para permitir más de una interpretación sobre la constitucionalidad del modelo del plazo.

En lo que atañe propiamente al sistema del plazo con asesoramiento de la LO 2/2010, el recurso de inconstitucionalidad 4523-2010 (motivo primero) señala que la interrupción del embarazo a petición de la mujer, durante las primeras 14 semanas de gestación es inconstitucional, pues –según los recurrentes- incumple las exigencias sobre el valor de la vida prenatal dispuestas por el TC español, ya que “el Estado renuncia a proteger la vida del *nasciturus*, y abandona su suerte a lo que decida la madre”, sin que exista ninguna “causa externa u objetiva que permita ponderar y resolver el conflicto de valores jurídicos que tiene lugar en cualquier aborto”. Su argumento fundamental es que la doctrina de la STC 53/1985 obliga al legislador a recurrir al Derecho Penal para tutelar la vida humana en formación, sin más excepciones que aquellas situaciones concretas y objetivas de conflicto predeterminadas en la ley (indicaciones). En resumidas cuentas, para dichos demandantes, el único modelo de despenalización del aborto compatible con la Constitución y con la jurisprudencia del TC español es el sistema de indicaciones, rechazando así cualquier otro modelo despenalizador que otorgue mayores facultades de decisión sobre la interrupción del embarazo a la mujer.

Ahora bien, la doctrina mayoritaria reflexiona que de ninguna de las consideraciones jurisprudenciales del TC español se puede determinar que el sistema del plazo sea inconstitucional, ni mucho menos que el sistema de las indicaciones sea el único modelo posible para resolver el conflicto de bienes jurídicos producido en torno al aborto.⁶⁶⁰

Antes de nada, se debe aclarar que el TC español nunca se ha pronunciado sobre el modelo puro del plazo, ni respecto al matizado sistema del plazo con asesoramiento, -

660

De esta opinión BAJO FERNÁNDEZ, DP, PE, 1986, 117 y sigs.; BUSTOS RAMÍREZ, DP, PE, 1986, 57 y sigs.; TOMÁS-VALIENTE, en: IAN SAPHIRO/DE LORA/TOMÁS-VALIENTE, La Suprema Corte de los Estados Unidos y el aborto, 2009, 116.

como dice LAURENZO COPELLO-, por la sencilla razón de que ese asunto no ha sido sometido a su juicio en ningún momento.⁶⁶¹ Así que el TC jamás ha declarado explícitamente la inconstitucionalidad de dichas fórmulas despenalizadoras, ni en la STC 53/1985, ni en ninguna otra.

LAURENZO COPELLO defiende que el TC nunca ha dicho que la única vía posible de compatibilizar los intereses en conflicto en torno al aborto fuese el modelo de las indicaciones, pues la STC 53/1985 simplemente se centró en evaluar la constitucionalidad de una serie de “situaciones características de conflicto” (indicaciones).⁶⁶² Además, puntualiza que esta Sentencia jamás postuló que la vía penal fuera el único instrumento idóneo para proteger la vida prenatal, sólo renunciable en casos de conflicto. Así, precisa que lo único que dijo el TC fue que el Estado debe establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el

⁶⁶¹ LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 101 y sig.

⁶⁶² Y es así, porque como vimos al estudiar la Sentencia, la misma se centra en efectuar un examen de constitucionalidad de cada uno de los supuestos de impunidad del aborto suscritos por el Proyecto de Ley, reconociendo expresamente su constitucionalidad; aunque después, a partir del FJ 12 de la Sentencia, examina la inobservancia de las exigencias constitucionales del art. 15 de la CE por parte de las indicaciones suscritas en el Proyecto de Ley, de manera que el juicio de inconstitucionalidad lo deriva la Sentencia de la falta de garantías relativas a la comprobación de la existencia de los supuestos de hecho, y no de los supuestos en sí mismos, cuya constitucionalidad reconocía expresamente. CARBONELL MATEU decía que si bien es cierto que la Sentencia declaró *prima facie* inconstitucional el texto que recogía el sistema de indicaciones por no garantizar debidamente la veracidad de las indicaciones que recogía como supuestos excepcionales de impunidad del aborto, resulta inaceptable pensar que con ello el TC acota las posibilidades de impunidad, porque la Sentencia no señala en ningún momento que las opciones del legislador de 1983 acotan las posibilidades de impunidad, sino que tan sólo exige, para afirmar la constitucionalidad del texto, requisitos que permitan garantizar que los supuestos propuestos efectivamente se dan en cada caso concreto, es decir, que no se permitan subterfugios en virtud de los cuales puedan quedar amparados supuestos en los que no se compruebe la realidad de la indicación, pues ello de una parte produciría una cierta dimisión del Derecho para contemplar la solución correcta que corresponda a cada conflicto de intereses, y de otra, podría conducir a la consecuencia de que bastara con alegar sin prueba alguna de realidad un falso conflicto para que necesariamente se produjera la solución de la impunidad (con independencia, naturalmente, de las responsabilidades en que pudiera haberse incurrido por la falsedad). Asimismo, entiende que si la indicación médica opera durante todo el embarazo, con más razón se podía pensar en un aborto libre con absoluta desprotección de la vida prenatal en todo momento: y por tanto, en definitiva considera que no hay pronunciamiento alguno en la Sentencia que incida negativamente en la constitucionalidad del texto de la LO 2/2010. Véase CARBONELL MATEU, *Cuestiones actuales*, 2012, 63 y sig.

carácter fundamental de la vida incluya también como última garantía las normas penales (FJ 7 de la STC 53/1985).⁶⁶³

En el mismo sentido TOMÁS-VALIENTE quien considera que, si bien es cierto que la STC 53/1985 hace referencia al deber del Estado de tutelar de manera efectiva la vida humana en formación (FJ 7 de la STC 53/1985), en modo alguno se puede deducir del alcance de este deber estatal de protección, que la única forma constitucionalmente válida de despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo sea limitando el aborto legal exclusivamente a los casos cubiertos por las indicaciones y penalizando el resto de supuestos. En consecuencia, reconoce que la protección penal de la vida prenatal en contra de la voluntad de la embarazada no se puede considerar constitucionalmente impuesta, ni tampoco mínimamente eficaz (idea base de la última despenalización alemana), resultando perfectamente admisible renunciar a ella a partir del establecimiento de periodos de reflexión obligatorios, o del asesoramiento a la embarazada para informarle de las medidas públicas de apoyo a la maternidad, como mecanismos suficientes para articular la obligación estatal de protección de la vida prenatal, que por lo demás se manifiesta en muchos otros contextos como por ejemplo sancionando el aborto no consentido.⁶⁶⁴

A mi parecer, como ya he defendido antes, no puede entenderse que -como dicen los recurrentes- “el Estado renuncia a proteger la vida del *nasciturus*, y abandona su suerte a lo que decida la madre”, en tanto la LO 2/2010 establece, durante el periodo de impunidad, un sistema legal de protección no penal, que establece elementos suficientes para cumplir con la obligación estatal de protección efectiva en el sentido dispuesto por el citado FJ 7, esto es, a través de medias para la prevención de embarazos no deseados, el asesoramiento a la embarazada para informarle de las medidas públicas de apoyo a la maternidad o periodos de reflexión obligatorios, que por lo demás, se manifiesta con exigencias más severas para la legalidad del aborto, recurriendo en última instancia a la sanción penal. Asimismo, teniendo en cuenta el alcance de este deber de protección estatal de la vida (FJ 7), tampoco resulta válido el argumento de los recurrentes sobre la

⁶⁶³ LAURENZO COPELLO, Dogmática, 2012, 101 y sig.

⁶⁶⁴ Véase TOMÁS-VALIENTE, en: IAN SAPHIRO/DE LORA/TOMÁS-VALIENTE, La Suprema Corte de los Estados Unidos y el aborto, 2009, 114 y sigs.

obligación del legislador a recurrir al Derecho penal para tutelar la vida humana en formación.⁶⁶⁵

Ahora veamos que, más allá del examen de la cuestión relativa al alcance del deber estatal de protección del FJ 7 de la STC 53/1985, tampoco resulta plausible el argumento de los recurrentes de que la STC 53/1985 obliga al legislador a recurrir al Derecho penal para tutelar la vida humana en formación, sin más excepciones que aquellas situaciones concretas y objetivas de conflicto predeterminadas en la ley (indicaciones), si se tiene en cuenta el FJ 9 de la Sentencia.

Como vimos en su momento, el FJ 9 de la Sentencia reconoce, con carácter general, que la punibilidad del aborto puede retroceder tanto en función de una ponderación de bienes (cuando la vida del *nasciturus* colisiona con otros derechos constitucionales de la mujer de muy relevante significación como la vida, la integridad física y moral, etc.), como en virtud del principio de no exigibilidad de una conducta adecuada a la norma (cuando el cumplimiento de esta, objetivamente, pudiera representar una carga insoportable). Dicho en otras palabras, le está constitucionalmente permitido al legislador utilizar una técnica diferente a las causas de exención de la responsabilidad establecidas en el art. 8 del CP, mediante la cual excluya la punibilidad en forma específica para ciertos delitos: por una parte, el legislador puede introducir limitaciones a la tutela de los bienes jurídicos en conflicto, séase la vida del *nasciturus* o los derechos fundamentales o bienes jurídicos constitucionales de la mujer,⁶⁶⁶ sin que en ningún caso se instaure la primacía absoluta en la protección de ninguno de ellos (ni la vida del *nasciturus* puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllos derechos de la mujer en conflicto, ni dichos derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del *nasciturus*),⁶⁶⁷ así, en la medida en que no puede afirmarse el carácter absoluto de

665

Véase supra, 1ª, III, 5.2 e).

666 Dice el FJ 9: "Tal es el caso de los supuestos en los cuales la vida del *nasciturus*, como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con Derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer, en una situación que no tiene parangón con otra alguna, dada la especial relación del feto respecto de la madre, así como la confluencia de bienes y derechos constitucionales en juego."

667

Pues, según dice la propia Sentencia, "se trata de graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del *nasciturus*".

ninguno de los bienes jurídicos en conflicto, el legislador se ve obligado a ponderar dichos bienes y derechos, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos; y por otra parte, el legislador ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, pudiendo también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos.

LAURENZO COPELLO reflexiona que el TC reconoce aquí la legitimidad del legislador ordinario para introducir limitaciones a la tutela de los bienes en juego cuando surjan situaciones de conflicto entre ellos -como es el caso de un embarazo no deseado-, con la advertencia de que “no pueden contemplarse tan solo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del *nasciturus*; además de admitir la posibilidad de renunciar a la pena para la tutela de la vida prenatal en atención a la preeminencia de otros bienes de rango constitucional o a la idea de inexigibilidad de una conducta distinta a la embarazada que convierta la pena estatal en una respuesta desproporcionada, sin perjuicio de la subsistencia del “deber de protección del Estado respecto al bien jurídico en otros ámbitos. En consecuencia, defiende que cualquier modelo de regulación de la interrupción voluntaria del embarazo debe basarse en la idea de “contrapeso” entre los derechos de la mujer y el deber estatal de tutela de la vida prenatal, sin que ello signifique siempre y en todo caso que esa tutela deba expresarse a través del Derecho penal, de manera que en la decisión sobre el ámbito de intervención penal deben tenerse presentes las ideas de inexigibilidad de otra conducta y de proporcionalidad de la pena.⁶⁶⁸

A mi modo de ver, el FJ 9 (al igual que el FJ 7 antes examinado) tampoco establece la obligación del legislador a recurrir al Derecho penal para tutelar la vida humana en formación, sino que, por el contrario, faculta al legislador a renunciar a la sanción penal cuando una conducta objetivamente pudiera resultar una carga insoportable, como es el caso de un embarazo no deseado, donde entran en conflicto la protección de la vida prenatal con una serie de derechos fundamentales de la mujer (libre desarrollo de la personalidad, integridad física y moral, libertad de ideas y creencias, intimidad)

668

Véase LAURENZO COPELLO, *Dogmática*, 2012, 103, 104 y n. 262.

directamente concernidos al valor jurídico fundamental de la dignidad de la mujer, que a su vez implica el derecho de autodeterminación de su propio proyecto de vida. Todo ello sin perjuicio del deber estatal de protección de la vida del FJ 7, que como vimos también faculta la protección penal como última garantía.

Igualmente, el FJ 9 jamás manifiesta que la obligación de ponderación de los bienes jurídicos en conflicto impuesta al legislador (tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos), deba efectuarse únicamente mediante el sistema de las indicaciones, toda vez que sin más precisa que, en la medida en que no puede afirmarse el carácter absoluto de ninguno de los bienes jurídicos en conflicto, se debe respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales de la mujer, permitiendo su ejercicio al menos en algún momento del embarazo (sin perjuicio del deber estatal de protección de la vida). En efecto, entiendo que aquí la STC 53/1985 deja abierta la posibilidad de regular el aborto mediante otros sistemas despenalizadores diferentes al sistema de indicaciones del antiguo art. 417 bis del CP, siempre y cuando se cumpla con las consideraciones jurisprudenciales de la misma.

En definitiva, la constitucionalidad de cualquier despenalización del aborto dependerá de que se alcance una ponderación correcta de los distintos bienes jurídicos en conflicto (vida humana en formación contra los derechos fundamentales o intereses de la mujer embarazada), lo que obviamente supone dar preferencia a uno u otro bien jurídico. No obstante, la constitucionalidad del modelo despenalizador también dependerá de que en ningún caso se llegue a la desprotección total del bien jurídico que resulta relegado en la ponderación, para lo cual perfectamente se puede optar por la protección no penal.⁶⁶⁹

669

Es decir, buscar la armonía entre el respeto a la autonomía de la mujer para decidir sobre su maternidad y una tutela efectiva de la vida del *nasciturus* (que no necesariamente debe estar regulada por el Derecho penal); sin que la autonomía de la mujer para decidir sobre su embarazo pueda ser ilimitada, ni la protección de la vida del *nasciturus* pueda ser absoluta, en tanto se debe cumplir con los mandatos constitucionales de respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales de la mujer (para permitir su ejercicio, al menos, en algún momento del embarazo), y de protección de la vida prenatal. Sobre la autonomía de la mujer para decidir sobre su maternidad. Véase TOMÁS-VALIENTE, en: IAN SAPHIRO/DE LORA/TOMÁS-VALIENTE, La Suprema Corte de los Estados Unidos y el aborto, 2009, 94 y sigs.

Con base en estas consideraciones, puede concluirse que el sistema del plazo con asesoramiento de la LO 2/2010 resulta constitucional, en tanto estructura un modelo equilibrado en el que va moderando la atención a los distintos bienes implicados, en consonancia con la progresiva evolución del desarrollo embrionario y fetal, lo que obviamente requiere dar preferencia a uno u otro según el momento del que se trate, pues en eso consiste la ponderación. Ello no significa la desprotección total del que resulta rebajado, sino, en todo caso, el respeto al contenido esencial de los derechos de la mujer embarazada mientras se protege la vida adoptando fórmulas distintas a la tradicional vía punitiva.

También existen otras consideraciones jurisprudenciales de la STC 53/1985, que permiten argumentar la constitucionalidad del modelo del plazo, y con más razón del sistema del plazo con asesoramiento de la LO 2/2010, permitiendo objetar -todavía más- las alegaciones de los recurrentes o de los pocos penalistas que defienden la inconstitucionalidad del modelo del plazo al tenor de esta Sentencia española.

El concepto progresivo de vida dispuesto por las SSTS 53/1985, 212/1996 y 116/1999, que como hemos visto considera la vida humana un proceso sometido a cambios cualitativos que tienen una consideración jurídica especial que se refleja en el estatus jurídico y social del sujeto vital: con el nacimiento como momento sustancial de cambio, y previamente al nacimiento, con especial trascendencia la viabilidad fetal que ocurre a las 22 semanas de gestación, a partir de la cual el *nasciturus* es susceptible de vida independiente de la madre,⁶⁷⁰ resulta un sostén plausible para la argumentación de la constitucionalidad de un sistema de plazos, que permita el ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer embarazada (como el derecho a la autonomía), durante un periodo determinado de tiempo (plazo de impunidad) afín con el momento del desarrollo fetal menos trascendental.

TOMÁS-VALIENTE sostiene que de modo coherente con esta concepción gradualista de la vida humana dispuesta en la STC 53/1985, nada descarta que el legislador, a la hora de modular la protección de la vida prenatal, pueda tomar en consideración otros momentos de cambio cualitativos que resultan significativos para una gran parte de la sociedad (lo que conduce a un esquema de protección gradualmente intensificada como

670

Que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte (FJ 5 de la STC 53/1985).

el adoptado por primera vez en *Roe*): transcurrido el primer trimestre de gestación, cuando el feto comienza a adquirir determinadas características y forma corpórea que se sitúa alrededor de las 12 o 14 semanas de embarazo, y más tarde, el momento de la viabilidad fetal, que se fija aproximadamente en las 22 semanas de embarazo. Así, en la medida que la vida es un proceso sometido a cambios cualitativos que tienen diferente consideración jurídica, reconocida en la propia STC 53/1985 e incluso por la propia sociedad, considera válido basar la protección de la vida en una tutela gradual, de manera que el establecimiento en 12 o 14 semanas de gestación para el aborto libre resulta compatible con la jurisprudencia constitucional sobre la vida prenatal, sin perjuicio del deber de tutela efectiva de la vida prenatal.⁶⁷¹ De esta misma opinión RUIZ MIGUEL, quien considera que el sistema del plazo es una opción constitucionalmente viable para resolver el conflicto entre la vida del no nacido y la autonomía y dignidad de la embarazada, de modo que la relevancia tanto del momento de la configuración humana de carácter corpóreo y sensitivo (que puede situarse hacia los 3 meses de gestación), como, de manera más explícita, el momento de la viabilidad, aparecen como posibles criterios diferenciadores en la situación y, por tanto, en la protección jurídica del no nacido.⁶⁷²

En este sentido la Exposición de Motivos de la LO 2/2010 al indicar que “la ponderación que el legislador realiza ha tenido en cuenta la doctrina de la STC 53/1985 y atiende a los cambios cualitativos de la vida en formación que tienen lugar durante el embarazo, estableciendo, de este modo, una concordancia práctica de los derechos y bienes concurrentes a través de un modelo de tutela gradual a lo largo de la gestación.”

En sentido contrario RODRÍGUEZ MOURULLO, quien justamente partiendo de las precisiones sobre el concepto de vida ofrecidas por la STC 53/1985, considera que este sistema no puede armonizarse con la doctrina de la misma, porque la vida constitucionalmente protegida comienza desde el inicio de la gestación, aunque el *nasciturus* no sea titular del derecho fundamental a la vida; porque esta vida no puede desprotegerse en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino también un momento del desarrollo de la vida misma; y porque la gestación genera un “*tertium*” existencial distinto de la madre cuyo

⁶⁷¹ Véase TOMÁS-VALIENTE, en: IAN SAPHIRO/DE LORA/TOMÁS-VALIENTE, La Suprema Corte de los Estados Unidos y el aborto, 2009, 117 y sigs.

⁶⁷² Véase RUIZ MIGUEL, El aborto, 1990, 99.

desarrollo no puede quedar sometido a su libre decisión.⁶⁷³ Sentado esto, RUIZ MIGUEL señala que la STC 53/1985 no contiene en momento alguno dos aseveraciones de la interpretación de RODRÍGUEZ MOURULLO: por una parte, que la vida del *nasciturus* no pueda quedar sometida a la libre decisión de la embarazada como consecuencia de que aquél sea un “*tertium*” diferenciado de ésta; y, por otra, que el legislador esté obligado a proteger penalmente la vida del no nacido desde el momento de la concepción. En el primer caso hace ver que, si bien la Sentencia afirma que la vida del no nacido tiene un valor constitucionalmente protegido desde la concepción, y que el derecho a la autonomía de la embarazada no tiene carácter absoluto, ambas afirmaciones, significativamente, no van ni unidas ni seguidas (Cfr. respectivamente, FFJJ 5 y 9). En el segundo caso, explica que no es posible afirmar que la protección penal deba alcanzar al *nasciturus* necesaria e incondicionalmente desde el momento de la gestación, si se tienen en cuenta que la Sentencia tan sólo dispone que el Estado debe establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva, y que dado el carácter fundamental de la vida, incluya como última garantía las normas penales (FJ7), disponiendo “a reglón seguido” que ello no significa que dicha protección revista carácter absoluto; además, porque la Sentencia reconoce que al legislador le está constitucionalmente permitido excluir la punibilidad de determinadas conductas en situaciones de conflicto entre la vida del *nasciturus* y los derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida o la dignidad de la mujer, de manera que el legislador debe tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, pudiendo también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio del deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos (FJ9).⁶⁷⁴

En mi opinión, para entender el apoyo aquí ofrecido a la constitucionalidad del sistema del plazo a partir de la concepción gradualista de la vida, es necesario tener en consideración que la STC 53/1985 ha reconocido claramente que la vida del *nasciturus* no es un derecho fundamental sino un bien jurídico constitucional, lo que permite modular la protección de los derechos fundamentales de la mujer embarazada en conflicto, aún cuando la propia Sentencia exprese que estos derechos no pueden tener primacía

⁶⁷³ En este sentido RODRÍGUEZ MOURULLO, División de poderes, 1987, 192.

⁶⁷⁴ Véase RUIZ MIGUEL, El aborto, 1990, 98 y sigs.

absoluta sobre la vida del *nasciturus*, porque el mismo pronunciamiento dispone que la vida prenatal tampoco puede prevalecer incondicionalmente frente a ellos,⁶⁷⁵ conque la clave de la ponderación está en que no exista una desprotección absoluta de la vida en gestación por parte del ordenamiento jurídico (ni tampoco de los derechos de la mujer).⁶⁷⁶ Y como es de sobra conocido, en el sistema del plazo con asesoramiento de la LO 2/2010, esto se consigue mediante ciertos mecanismos de protección no penal (prevención, asesoramiento, exigencias más severas para la legalidad del aborto más allá del plazo de impunidad, etc.) Por tanto, ninguna de las precisiones sobre el concepto de vida ofrecidas por la STC 53/1985 permiten objetar aquí que no se pueda poner un plazo para el ejercicio del derecho a la autonomía de la embarazada, consonante al periodo inicial del embarazo, que es cuando el feto comienza a adquirir determinadas características y forma corpórea (alrededor de las 12 o 14 semanas de embarazo), dejando atrás la etapa donde existe mayor riesgo de aborto espontáneo, cuando con ello se permite el ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer mientras se cumple con el deber de tutela efectiva de la vida prenatal del FJ 7, que como hemos dicho no supone una protección absoluta de la misma.

En otro orden de cosas, la ponderación de bienes jurídicos que realiza la STC 53/1985, entre la vida prenatal y los derechos de la mujer embarazada que entran en conflicto a efectos de las indicaciones ética y eugenésica, es otro apoyo para la defensa de la constitucionalidad del sistema del plazo, pues para declarar la constitucionalidad de

⁶⁷⁵ FJ 9 de la STC 53/1985.

⁶⁷⁶ Como señala TOMÁS-VALIENTE, la vida del *nasciturus* merece una protección como bien constitucional pero no como derecho fundamental, lo que posibilita una ponderación más flexible teniendo en cuenta el rango de los intereses en conflicto, de manera que la obligación de respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales de la mujer no tiene porque extenderse a la vida humana en formación, en tanto el propio TC lo ha considerado un estricto bien jurídico constitucional y no un derecho fundamental, que si bien emana del derecho a la vida, claramente no forma parte de los destinatarios de este derecho fundamental. Cfr. TOMÁS-VALIENTE, en: IAN SAPHIRO/DE LORA/TOMÁS-VALIENTE, La Suprema Corte de los Estados Unidos y el aborto, 2009, 103. En este sentido VIVES ANTÓN, Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional. El problema del aborto consentido. REDC. núm. 15. 1985. 146: "(...) un derecho fundamental es un derecho fundamental y un bien iurídico constitucional que no se halle configurado como derecho no lo es. En consecuencia, no cabe aplicarle el régimen jurídico que le correspondería si lo fuera. La obligación de respetar el contenido esencial de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título I, establecida en el artículo 53.1 de la Constitución, de la que, como hemos visto, pueden derivarse para el legislador obligaciones positivas, no se extienden más que a los derechos y libertades, no a los bienes iurídicos, por mucho que, hipotéticamente, pudiera derivarlos de aquéllos. En consecuencia, no cubre al *nasciturus*, ni obliga a nada, respecto a él, al legislador."

estas indicaciones el TC reconoce relevancia a la libertad de la mujer, entendida como autonomía o autodeterminación para decidir sobre un aspecto tan trascendental en su vida como es la maternidad, incluso más allá de la falta de consentimiento del acto sexual que origina el embarazo o de la carga que supone tener un hijo con problemas físicos o psíquicos importantes.

Recuérdese que el TC declara la constitucionalidad de la indicación ética no sólo por entender lesionados en grado máximo la dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad, y vulnerados gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal, a partir del acto de violación (contrario a la voluntad de la mujer y realizado venciendo su resistencia con violencia); sino también reflexionando que obligarla a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible, entretanto la dignidad de la mujer no permite considerarle mero instrumento de procreación, de modo que su consentimiento es necesario para asumir un compromiso u obligación como es el embarazo y la maternidad, que afectaría profundamente su vida en todos los sentidos. Respecto a la indicación eugenésica, el TC declara su constitucionalidad haciendo mención a situaciones extremas y angustiosas (más que a derechos de la mujer), aludiendo verdaderos casos límite en los que el recurso a la sanción penal entraña la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar las necesidades asistenciales que requiere un hijo con problemas físicos o psíquicos importantes; pero también tiene en cuenta –pues así lo dice expresamente– las consideraciones efectuadas en relación a la exigibilidad de la conducta en la indicación ética.⁶⁷⁷

RUIZ MIGUEL considera que el sistema de plazos se puede justificar como una simple extensión lógica de la fundamentación esgrimida por la Sentencia para dar primacía a los derechos de la mujer embarazada en la indicación ética (donde el respeto a su dignidad se vincula estrechamente a la noción de autonomía), en tanto el conflicto entre estos derechos y la vida del *nasciturus* se plantea siempre que una mujer no desea continuar con un embarazo, lo anterior en la medida que esta Sentencia no se limita a

⁶⁷⁷

A efectos de la indicación eugenésica dispone expresamente: “Sobre esta base y las consideraciones que antes hemos efectuado en relación a la exigibilidad de la conducta, entendemos que este supuesto no es inconstitucional.” En este sentido el FJ 11 c) de la STC 53/1985.

destacar la lesión de la dignidad a partir de la imposición violenta del acto sexual, sino que expresamente menciona que el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar a luz un nuevo ser, vida que afectaría profundamente a la suya en todos los sentidos.⁶⁷⁸

TOMÁS-VALIENTE considera que aunque en estas indicaciones el conflicto se presenta de modo especialmente acuciante, no puede desconocerse que en todo embarazo no deseado se plantea ya un conflicto muy intenso, en la medida en que toda maternidad determina un grado sumo la vida futura de una mujer, comportando para ella una enorme carga durante y después de la gestación. En suma, anunciaba que si finalmente el legislador español optase por el sistema del plazo y la norma fuese objeto de recurso, el TC se vería de alguna manera obligado a “revisitar” su doctrina sobre la libertad y a determinar de modo más claro el rango constitucional del derecho a adoptar por sí mismo decisiones que conforman de modo muy intenso la propia vida (idea básica de la *privacy* norteamericana).⁶⁷⁹

No se puede negar que las anteriores consideraciones son una fundada defensa de la constitucionalidad del sistema del plazo, ya que el TC no sólo reconoce la legalidad y constitucionalidad del aborto ético y embriopático a partir del acto sexual no consentido o de la carga que supone tener un hijo con problemas físicos o psíquicos importantes, sino por el hecho de que se trata de un embarazo no deseado, que en la medida que se obligue a la mujer a su continuidad, afecta su dignidad y su autonomía o autodeterminación para decidir sobre un aspecto tan importante en su vida como es la maternidad, lo que afectaría su vida en todos los sentidos y la reduciría a un mero instrumento reproductor. Así, esta justificación resulta aplicable a la maternidad en general, más allá de las indicaciones que nos ocupan, incluso cuando el acto sexual que da origen al embarazo haya sido consentido por la mujer, pudiendo aplicarse a cualquier supuesto de embarazo no deseado.

Afirmaré ahora que teniendo en cuenta la influencia que ha tenido la primera Sentencia alemana del BVerfG de 1975 sobre la Sentencia española STC 53/1985, es

⁶⁷⁸ En este sentido RUIZ MIGUEL, *El aborto*, 1990, 94 y sigs.

⁶⁷⁹ TOMÁS-VALIENTE, en: IAN SAPHIRO/DE LORA/TOMÁS-VALIENTE, *La Suprema Corte de los Estados Unidos y el aborto*, 2009, 122.

muy posible pensar en que la segunda Sentencia del BVerfG de 1993 tenga la misma repercusión en la resolución del recurso de inconstitucionalidad 4523/2010 presentado por el PP contra la Ley de plazos española; por tanto, es viable pensar que al igual que en el caso alemán, el TC español pueda reconocer que el Estado está habilitado constitucionalmente para no sancionar penalmente a la mujer ni a los médicos cuando lleven a cabo la interrupción del embarazo dentro de un plazo determinado, entendiéndose que está más que demostrado que la protección penal en contra de la voluntad de la mujer embarazada es absolutamente ineficaz, y que el asesoramiento obligatorio al que se somete a la mujer compensa la renuncia a la sanción penal y protege de manera efectiva al *nasciturus*, máxime cuando la LO 2/2010 mejora la experiencia alemana, orientando el asesoramiento previo a la lucha contra los embarazos no deseados y la continuación del embarazo, a partir de la puesta en marcha de políticas públicas de apoyo a la maternidad, sobre las cuales ofrece amplia información a la embarazada durante la fase de asesoramiento, culminando con un plazo de espera dirigido a la meditación de la decisión por parte de la embarazada, en la medida que resulte una decisión informada, responsable y bien meditada.⁶⁸⁰

a) Conclusiones acerca de la constitucionalidad del modelo del plazo con asesoramiento de la Ley Orgánica 2/2010 y la consideración del modelo de las indicaciones como única opción legítima

El sistema del plazo con asesoramiento de la Ley Orgánica 2/2010 no contraviene la doctrina sentada por el TC español.

Si bien la STC 53/1985 evaluó la constitucionalidad de las indicaciones del Proyecto de Ley de reforma del art. 417 bis del CP, jamás dijo que el único sistema despenalizador del aborto capaz de compatibilizar los bienes jurídicos en conflicto sea el modelo de las indicaciones, o que la sanción penal sea el único instrumento de protección de la vida prenatal, sólo renunciable en casos de conflicto. Lo más que dice la STC 53/1985 es que el Estado debe establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida incluya también como última garantía las normas penales (FJ 7), sin que de ningún modo se puede teorizar, a partir de este deber positivo de protección, que la única forma constitucionalmente válida de despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo sean

⁶⁸⁰

En este sentido TOMÁS-VALIENTE, en: IAN SAPHIRO/DE LORA/TOMÁS-VALIENTE, La Suprema Corte de los Estados Unidos y el aborto, 2009, 109 y sigs. Véase infra 2^a, I, 1.1 y 1.2.

las indicaciones o que la sanción penal sea el único medio viable de protección de la vida prenatal.

El modelo del plazo con asesoramiento y las indicaciones médicas dispuestas por la LO 2/2010 cumplen con el señalado deber positivo de protección del FJ 7. Durante el periodo inicial de impunidad de las 14 primeras semanas de gestación se establece un sistema legal de protección no penal, con elementos suficientes para tutelar de manera efectiva al *nasciturus*, esto es, a través de políticas para la prevención de embarazos no deseados; el asesoramiento obligatorio y previo a la embarazada para informarle de las medidas públicas de apoyo a la maternidad, entre otras cuestiones que podrían hacer que la mujer decida continuar con el embarazo; y el período de reflexión obligatorio de 3 días entre el asesoramiento y la ejecución del aborto. Asimismo, más allá de las primeras 14 semanas de gestación, donde la LO 2/2010 acuerda un sistema de indicaciones para tutelar la vida prenatal, acordando exigencias más severas para la legalidad del aborto relativas a problemas médicos importantes y extremos tanto de la mujer como del feto. Y por último, esta Ley recurre al Derecho penal como “*ultima ratio*” para preservar la vida prenatal, como aprueba el FJ 7 de dicha Sentencia.

El FJ 9 de la Sentencia tampoco obliga al legislador a recurrir al Derecho penal para tutelar la vida humana en formación (le faculta para renunciar a la sanción penal cuando una conducta objetivamente pudiera resultar una carga insoportable); ni manifiesta que la ponderación de bienes y derechos en conflicto, que impone al legislador, deba efectuarse únicamente mediante el sistema de las indicaciones (afirma que ninguno de los bienes jurídicos en conflicto tiene carácter absoluto). Así, deja abierta la posibilidad de regular el aborto mediante otros sistemas despenalizadores, diferentes al modelo de indicaciones.

El sistema del plazo con asesoramiento de la LO 2/2010 resulta constitucional en tanto organiza una ponderación equitativa de los distintos bienes jurídicos en conflicto, en armonía con la evolución del desarrollo de la gestación (tutela gradual a lo largo de la gestación teniendo en cuenta los cambios cualitativos de la vida en formación). Si bien da preferencia a uno u otro bien jurídico según el período del que se trate, en ningún momento cae en la desprotección total del bien jurídico que resulta rebajado, respetando el contenido esencial de los derechos de la mujer embarazada mientras protege la vida del *nasciturus* adoptando fórmulas distintas a la habitual vía penal.

La ponderación de bienes jurídicos que realiza la STC 53/1985 a efectos de las indicaciones ética y eugenésica ampara la constitucionalidad del sistema del plazo, pues

reconoce relevancia a la libertad de la mujer, entendida como autonomía o autodeterminación para decidir sobre un aspecto tan trascendental en su vida como es la maternidad, más allá de la falta de consentimiento del acto sexual que origina el embarazo o de la carga que supone tener un hijo con problemas físicos o psíquicos importantes. Al tratarse de un embarazo no deseado, en la medida que se obligue a la mujer a su continuidad, se afecta su dignidad (la reduciría a un mero instrumento reproductor) y su autonomía o autodeterminación para decidir sobre un aspecto tan importante en su vida (maternidad) que le afecta en todos los sentidos (inclusive cuando el acto sexual que da origen al embarazo haya sido consentido por la mujer).

CAPÍTULO IV. EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DE LA VIDA DEL CONCEBIDO Y DE LOS DERECHOS DE LA MUJER EMBARAZADA

Alberto Ruiz Gallardón, ex-Ministro de Justicia del Gobierno del PP presidido por Mariano Rajoy, anunciaba en su primera comparecencia parlamentaria en enero de 2012, poco después de haber tomado posesión de su cargo, su intención de reformar la LO 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

El 20 de diciembre de 2013, el Consejo de Ministros aprobaba el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido, que en vez de reformar la LO 2/2010, como se había anunciado, preveía su derogación íntegra. En otras palabras, este Anteproyecto no concebía el simple regreso al antiguo modelo de las indicaciones del art. 417 bis del CP, como se afirmaba desde las más altas instancias gubernamentales, sino que amparaba un desconocido sistema prohibicionista, más restrictivo que el sistema español de las indicaciones de 1985.

En términos generales se eliminaba la indicación eugenésica como supuesto específico para abortar y se matizaba de manera especialmente restringida ciertos supuestos muy excepcionales de impunidad del aborto propios de la indicación terapéutica y ética. Igualmente, no sólo se procuraba hacer desaparecer el reconocimiento de la decisión autónoma e informada de la mujer embarazada sobre la interrupción del embarazo durante las primeras 14 semanas de gestación, sino que además se intentaba prescindir del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de los ciudadanos españoles (derechos humanos), que garantizan a todas las personas el disfrute de su vida sexual de manera satisfactoria y sin riesgos y el derecho a procrear con libertad para decidir hacerlo o no hacerlo y determinar el momento, el número de hijos y el intervalo entre estos.⁶⁸¹

681

En este sentido LAURENZO COPELLO, RECPC, núm. 16-09, 2014, 09:2 y 09:15 y sigs.

LAURENZO COPELLO llega a considerar que este Anteproyecto opta por el regreso al tradicional modelo punitivista, que devuelve la regulación del aborto a los dominios exclusivos de la represión penal.⁶⁸²

La significativa modificación proyectaba por el PP para la regulación del aborto no tardó en provocar un fuerte revuelo social, exigiéndose la dimisión del Ministro de Justicia y la retirada del Anteproyecto de Ley.⁶⁸³

Positivamente, la resistencia al Anteproyecto fue bastante intensa por parte de académicos, médicos y asociaciones de defensa de los derechos humanos.

A nivel interno del PP, no se consiguió una aceptación suficiente de la reforma, lo que motivó que el 23 de septiembre de 2014 se anunciara la retirada del Anteproyecto de Ley, reconociendo no haber encontrado el consenso suficiente para sacarlo adelante, pero recalcando que el Gobierno llevaría adelante la anunciada reforma que obligaría al consentimiento paterno a las menores de 16 y 17 años para poder interrumpir su embarazo.⁶⁸⁴

para LAURENZO COPELLO la retirada de este Anteproyecto de Ley no puede interpretarse como el fracaso definitivo de las corrientes antiabortistas que pretenden eliminar la autonomía reproductiva de las mujeres para volver a los dictados de los movimientos religiosos más conservadores, sino como una pausa en el camino impuesta por la falta de oportunidad política del intento contrarreformista; sin poder obviar el hecho que un modelo alternativo de tintes profundamente retrógrados haya conseguido superar casi todos los filtros para aspirar seriamente a convertirse en ley, incluido el apoyo - aunque no sin fracturas internas- de órganos consultivos tan importantes como el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Fiscal y el Comité de Bioética de España, una

682

En este sentido LAURENZO COPELLO, *Desandando el camino, la contrarreforma del aborto*, RECPC, núm. 16-09, 2014, 09:2.

683

Sobre los argumentos utilizados por el Gobierno del PP, para justificar la reforma del aborto a través de este Anteproyecto, véase LAURENZO COPELLO, RECPC, núm. 16-09, 2014, 09:4 y sigs.

684

Véase infra 1ª, III, V.

situación que pone de manifiesto la situación de precariedad en la que todavía se encuentran los derechos reproductivos de las mujeres en el Estado español.⁶⁸⁵

Sin lugar a dudas se trata de una cuestión preocupante dado el riesgo latente de un retroceso legislativo -que ciertamente pareciera más propio de un país latinoamericano-⁶⁸⁶, lo que evidencia la poca madurez de la sociedad española ante el respeto por los derechos fundamentales de las mujeres y el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de sus ciudadanos como derechos humanos.

Ahora bien, es importante conocer el contenido del Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada, para entender las opiniones aquí vertidas y tomar conciencia de la trascendencia que podría haber tenido este Anteproyecto para la sociedad española y muy especialmente para sus mujeres.

1. La incorporación de dos únicas indicaciones: terapéutica y criminológica

Como he dicho antes, el Anteproyecto anunciaba la incorporación de dos únicos supuestos de impunidad del aborto: la indicación terapéutica y la indicación criminológica, aunque con muchas más limitaciones que las mostradas hace años por el sistema de indicaciones del art. 417 bis del CP.⁶⁸⁷

1.1. La indicación terapéutica

Con carácter general, el Anteproyecto definía textualmente de la siguiente forma el aborto terapéutico indicado:

“a) Que sea necesario, por no poder solucionarse el conflicto, desde el ámbito médico, de ninguna otra forma, para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o

⁶⁸⁵ LAURENZO COPELLO, RECPC, núm. 16-09, 2014, 09:3.

⁶⁸⁶ Como el retroceso legislativo sufrido en países como Nicaragua y El Salvador. Véase infra 2ª, III, 1.1, y 1.3.

⁶⁸⁷ Se proyectaba así la modificación del art. 145 bis del CP, que pasaba a contener las circunstancias propias de ambas excepciones a la punibilidad del aborto, disponiendo con carácter general que la intervención abortiva debía ser practicada por un médico o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con el consentimiento expreso de la mujer embarazada, previamente informada y asesorada.

psíquica de la embarazada, siempre que se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación. A estos efectos, se entenderá que existe grave peligro para la vida o la salud de la mujer cuando el embarazo produzca menoscabo importante a su salud, con permanencia o duración en el tiempo, según los conocimientos de la ciencia médica en ese momento, y así se constate en un informe motivado y emitido con anterioridad por dos médicos de la especialidad correspondiente a la patología que genera el grave peligro para la mujer, distintos de aquél que practique el aborto o bajo cuya dirección éste tenga lugar y que no desarrollen su actividad profesional en el centro o establecimiento en el que se lleve a cabo”.

De la redacción expuesta, podemos denotar varios requerimientos diferentes a los dispuestos hasta ahora por la legislación española:

Se limitaba la concepción de la salud a las afecciones de naturaleza física o psíquica, abandonando el concepto de salud ofrecido por la OMS, que había sido acogido por las clínicas privadas durante la aplicación del antiguo sistema de indicaciones, y que luego fue expresamente recogido en el art. 2 de la LO 2/2010.⁶⁸⁸

Se precisaba que el “grave riesgo” para la salud de la mujer existe “cuando el embarazo produzca un menoscabo importante a su salud, con permanencia o duración en el tiempo, según los conocimientos de la ciencia médica en ese momento, de manera que no era suficiente el diagnóstico de un probable daño para la salud, que sí bastaba a efectos del antiguo art. 417 bis del CP.⁶⁸⁹

Se exigía un informe motivado y emitido con anterioridad a la práctica del aborto por dos médicos de la especialidad correspondiente a la patología que genera el grave peligro para la mujer, distintos de aquél que practique el aborto o bajo cuya dirección éste tenga lugar y que no desarrollen su actividad profesional en el centro o establecimiento en el que se lleve a cabo, mientras anteriormente, el art. 417 bis del CP solamente obligaba a

⁶⁸⁸ Referido al estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

⁶⁸⁹ LAURENZO COPELLO dice que teniendo en cuenta esta exigencia de “permanencia en el tiempo”, las posibilidades de que algún médico se atreviera a certificar esta indicación resultaban casi nulas, sobre todo cuando de la salud psíquica se trata, lo que ya había advertido la Sociedad Española de Psiquiatría. Véase LAURENZO COPELLO, REPCPC, núm. 16-09, 2014, 09:21.

un dictamen emitido con anterioridad por un solo facultativo, que podía prestar sus servicios en el mismo centro sanitario acreditado al efecto. Ahora bien, el Anteproyecto, de manera específica, disponía que “en el caso de que el grave peligro para la salud psíquica de la mujer tenga su origen en la existencia en el feto de alguna anomalía incompatible con la vida”, el informe exigido con carácter general podrá ser “emitido por un solo médico, debiendo acreditarse, además, tal anomalía mediante otro informe motivado y emitido con anterioridad por un médico especialista en la materia, en quien concurren los mismos requisitos”, entendiéndose por anomalía fetal incompatible con la vida “aquella que previsible y habitualmente, en el momento del diagnóstico, se asocia con la muerte del feto o del recién nacido durante el período neonatal, aunque en condiciones excepcionales la supervivencia pueda ser mayor”.

Seguidamente, el proyectado art. 145 bis del CP, preveía la posibilidad de abortar al tenor de esta misma indicación, después del plazo de 22 semanas, cuando “no se hubiese detectado o podido detectar anteriormente, con un diagnóstico certero, la anomalía incompatible con la vida del feto y así constase en el informe emitido con anterioridad, conforme a lo exigido en este apartado, y existiese riesgo vital para la mujer que no sea posible evitar, dentro de lo clínicamente exigible, mediante la protección de la vida del concebido a través de la inducción del parto”. Se trataba de un supuesto específico de la indicación terapéutica al que se puede acceder cuando concurren ambas circunstancias: por un lado que se detecte de manera tardía una anomalía incompatible con la vida, cuyo feto se considera inviable porque por regla general no podría sobrevivir más allá del nacimiento, y en segundo lugar, que dicho diagnóstico provoque en la embarazada un grave peligro para su salud psíquica, es decir, un menoscabo importante a su salud psíquica con permanencia o duración en el tiempo.

Seguramente, este Anteproyecto pretendía arreglar así la eliminación de la indicación eugenésica, al menos en los casos más extremos. No obstante, si no se daba la segunda circunstancia (“grave peligro para la salud psíquica de la mujer” con permanencia en el tiempo), la mujer no tendría más opciones que continuar con el embarazo en tales circunstancias o bien acudir al ya relegado “turismo abortivo”, para optar por una interrupción legal del mismo. En consecuencia, este Anteproyecto dejaba fuera de la legalidad situaciones que incluso para la STC 53/1985 no ofrecieron duda sobre su constitucionalidad, como la detección de anomalías o enfermedades fetales graves o extremadamente graves o incurables, que no alcanzando médicamente la condición de enfermedades incompatibles con la vida, suponen, sin lugar a dudas, una

limitación gigantesca para la libertad de la mujer embarazada y un menoscabo absoluto para su dignidad como persona. Ni que decir del resto de anomalías fetales incompatibles con la vida, que el Anteproyecto no contempla por el simple hecho de que las mismas no producen una enfermedad mental a la mujer embarazada, o lo que es lo mismo, un menoscabo importante para su salud psíquica, con permanencia o duración en el tiempo.⁶⁹⁰

1.2. La indicación criminológica

Por su parte, la indicación criminológica era acogida por el Anteproyecto en los siguientes términos:

“b) Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito contra la libertad o indemnidad sexual, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y el mencionado hecho hubiese sido denunciado con anterioridad.”

Ciertamente, en el Anteproyecto esta indicación se presentaba en los mismos términos que la indicación ética del anterior sistema de indicaciones, salvo por la ampliación de los hechos constitutivos de delito que pueden dar origen al embarazo y a su vez formar parte de las circunstancias propias de dicha indicación (el art. 417 bis del CP sólo preveía el delito de violación y este Anteproyecto cualquier hecho constitutivo de delito contra la libertad o indemnidad sexual).⁶⁹¹

2. La fase de asesoramiento obligatoria para ambas indicaciones

Al Anteproyecto de Ley no le bastaba con establecer exigencias más estrictas y limitadas que las instauradas en el antiguo sistema de indicaciones, sino que además tuvo

⁶⁹⁰

En este sentido LAURENZO COPELLO, REPC, núm. 16-09, 2014, 09:29: “(...) todo el tratamiento que proponen los reformistas para los fetos inviables, supeditando la legalidad del aborto a un desequilibrio psíquico de la embarazada, choca frontalmente con una asentada doctrina del Tribunal Constitucional que curiosamente en este caso olvidan los autores del Anteproyecto.”

⁶⁹¹

Anteriormente, a efectos de la indicación ética del art. 417 bis del CP, el embarazo sólo podía ser consecuencia de un delito de violación, quedando este supuesto limitado a los embarazos provenientes de agresiones sexuales realizadas con violencia o intimidación o bien cuando, aún sin mediar violencia ni intimidación, la víctima era una menor de doce años o bien se encontraba privada de sentido o padecía una enajenación mental de la que abusaba el agresor.

a bien prever una fase de asesoramiento previo común para todos los supuestos de impunidad recogidos en las indicaciones terapéutica y criminológica del pretendido art. 145 bis del CP.

Se proyectaba mediante la incorporación del art. 4 bis a la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Consistía en un doble asesoramiento, una primera etapa llamada “asesoramiento asistencial” y una segunda etapa denominada “información clínica” (fases distintas, a cargo de personal diferente, y que dan lugar a dos certificados independientes e ineludibles para el acceso a la realización del aborto). Tendría carácter personal e individualizado y debería realizarse verbalmente o en la forma que fuese accesible para la mujer, atendiendo a su edad, madurez y circunstancias. En caso de urgencia por peligro vital para la mujer embarazada, se preveía la posibilidad de prescindirse tanto del asesoramiento asistencial como de la información clínica.

2.1. El asesoramiento asistencial

El asesoramiento asistencial se realizaría a través de los Servicios de Salud y de los Órganos competentes en cada caso (sin que se realizasen más precisiones al respecto), que no interviniesen en la práctica del aborto, ni desarrollasen su actividad en el centro o establecimiento en el que practicase el aborto.

Este asesoramiento incluiría: información sobre ayudas públicas y privadas a la maternidad; información relativa a la vida del no nacido como bien jurídico protegido por la Constitución y la legalidad excepcional del aborto; un estudio a partir de la información facilitada por la mujer, de las circunstancias por las que valoraba la posibilidad de interrumpir su embarazo, y la orientación sobre el modo de resolver los problemas y conflictos presentados; información sobre las alternativas existentes a la interrupción voluntaria del embarazo, ya sea acogiendo a ayudas y servicios existentes, o acudiendo a la guarda administrativa, acogimiento o adopción del nacido, en caso de no poder afrontar su cuidado temporal o permanente; y un estudio de la posibilidad de actuar directamente, proponiendo a los órganos competentes de la Administración una intervención especializada, cuando el embarazo o la maternidad comportasen para la mujer, problemas o dificultades para cuya resolución no eran idóneas o suficientes las prestaciones ordinarias.

Finalmente, se expediría un certificado, indicando la fecha y las condiciones en las que se había facilitado dicho asesoramiento asistencial.⁶⁹²

Visiblemente, resulta inadmisibile el asesoramiento que planteaba este Anteproyecto, en tanto sin objetividad alguna estaba dirigido a convencer a la mujer sobre la continuación del embarazo, cuando justamente ella se oponía al mismo por ser el resultado de una agresión sexual de la que había sido víctima, o cuando se enfrentaba a una situación de peligro grave para su vida o su salud, que no podía ser resuelta de otra forma que por razón de la interrupción del embarazo. Encima, dentro del marco de un sistema de indicaciones que matiza la indicación terapéutica y ética de manera especialmente restringida, e incluso, elimina la indicación eugenésica como supuesto específico para abortar, no existiendo razón alguna para imponerle, además, la obligación de someterse a un asesoramiento en estos términos. Definitivamente, este asesoramiento supone un sacrificio absoluto para la intimidad de la mujer, que no deja de resultar abusivo, en tanto en ningún momento se garantiza efectivamente su dignidad, al no existir ninguna objetividad en el propio contenido del asesoramiento, ni respeto alguno por la decisión de la mujer.⁶⁹³

⁶⁹²

Según el proyectado art. 4 bis de la Ley 41/2002, el objeto de este asesoramiento era “la protección de la vida, tanto de la mujer como del no nacido, así como el buen desarrollo del embarazo y la resolución de los conflictos”. Y según la Exposición de Motivos del Anteproyecto, “garantizar el mayor grado de libertad de la mujer en el momento de la adopción de una decisión tan grave”. Sin embargo, al leer el contenido del asesoramiento asistencial, parece claro que el verdadero objeto solamente era convencer a la mujer embarazada de que continúe con el embarazo, para lo cual, se habían planteado incluso, la posibilidad de un tratamiento personalizado cuando el embarazo o la maternidad comportasen para la mujer dificultades o problemas que no eran resueltos por las prestaciones ordinarias.

⁶⁹³

En este sentido LAURENZO COPELLO, RECPC, núm. 16-09, 2014, 09:25: “Este tipo de procedimientos, pensados explícitamente para proteger la vida prenatal, sólo adquieren algún sentido –y siempre con muchas dudas- en los sistemas legales que dejan la decisión última en manos de la propia embarazada, sin supeditar la legalidad del aborto a la concurrencia de una situaciones tasadas de conflicto por el propio legislador define de antemano. De hecho, está claro que los reformistas se han inspirado en la ley alemana que efectivamente prevé una fase de asesoramiento bastante compleja y dirigida a “animar a la mujer a continuar el embarazo y exponerle las perspectivas de una vida con un hijo”, pero con la diferencia, nada desdeñable, de que en el régimen alemán el asesoramiento se introdujo como alternativa a la prohibición general del aborto y no como complemento de ésta. En ningún caso se vincula el asesoramiento a las indicaciones sino únicamente al período inicial del embarazo en el que se concede a las mujeres plena libertad para decidir (plazo) porque, como dice con razón Hassemer, «un concepto de protección orientado a la dignidad humana y, a su vez, efectivo, solo puede establecerse contando con la embarazada, no contra ella»”.

2.2. La información clínica

La información clínica debía ser prestada por los médicos que emitan los informes exigidos para la indicación terapéutica, u otro médico, cuando concurra la indicación ética, distinto de aquél que practique el aborto o bajo cuya dirección tenga lugar y que no desarrolle su actividad profesional en el centro o establecimiento en el que se lleva a cabo.

La información versaría sobre: los riesgos que la interrupción voluntaria del embarazo puede conllevar para la salud de la mujer y para su maternidad futura; los aspectos médicos y psicosociales derivados del diagnóstico realizado sobre la salud de la mujer y del feto, en su caso, así como de las expectativas del desarrollo de la vida del niño, pudiendo intervenir otros profesionales o especialistas en la medida que fuera necesario.

Finalmente, el médico haría una certificación por escrito sobre la fecha, indicación y condiciones en las que se ha prestado la información clínica a la embarazada.

Legalmente, resulta incoherente que el Anteproyecto determine que la información clínica sobre los riesgos de la interrupción del embarazo corresponda ofrecerla a otros médicos, y no al facultativo responsable de la intervención abortiva.⁶⁹⁴

2.3. El plazo de espera

El Anteproyecto establecía además un periodo mínimo de 7 días entre el final de la fase de asesoramiento y la ejecución del aborto. Una prevención que no sería aplicable en caso de peligro vital para la mujer embarazada o, si transcurridas las 22 primeras semanas de gestación, concurrieran los supuestos despenalizadores del aborto y fuera precisa la resolución judicial sobre su procedencia.

⁶⁹⁴

El art. 4.3 de la Ley 41/2002 es bastante claro al respecto, cuando indica que el médico responsable del paciente le garantizará el cumplimiento de su derecho a la información clínica, y los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen alguna técnica o procedimiento concreto, también serán responsables de informar al paciente al respecto. Por tanto, en el caso del aborto no puede ser de otro modo, y a quien le corresponde la obligación de ofrecer dicha información clínica es al médico que lo ejecuta o bajo cuya dirección se realiza el mismo.

3. La supresión de la validez del consentimiento de las menores de edad

Como es sabido, la Ley 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción del embarazo, finalmente suprime el inciso cuarto del art. 13 del texto inicial de la LO 2/2010, que reconocía validez al consentimiento de las menores de 16 y 17 años de edad para abortar. No obstante, igualmente cabe precisar aquí la supresión de la validez del consentimiento de las menores de edad que preveía este Anteproyecto en su lugar.⁶⁹⁵

Al respecto, establecía el proyectado art. 145 bis del CP:

“2. En el caso del aborto de la mujer menor entre 16 y 17 años, no emancipada, o de la mayor de edad sujeta a curatela, será preciso el consentimiento expreso de ella y el asentimiento de los titulares de la patria potestad, tutor o curador. Si la embarazada fuera menor de 16 años o mayor de edad sujeta a tutela, además de su manifestación de voluntad, se precisará el consentimiento expreso de sus padres, si ejercieren la patria potestad, o de su tutor.”

Como se puede observar, el Anteproyecto exigía para el aborto de las menores de edad la aprobación tanto de la madre como del padre de la menor, como añadidura al consentimiento expreso de la propia menor de edad, de manera que ambas exigencias en la práctica tenían la misma validez.

Excepcionalmente, el juez de primera instancia estaba llamado a conocer aquellos casos en que concurrían serios motivos⁶⁹⁶ que impedían o desaconsejaban que se

⁶⁹⁵

De modo que esta es la única reforma que preveía el Anteproyecto que ha salido adelante hasta convertirse en Ley Orgánica. Véase infra 1ª, III, V.

⁶⁹⁶

El Informe del CGPJ sobre este Anteproyecto apuntaba que “antes de otras consideraciones, se ha de advertir va de plano de la ambigüedad, vaquedad e indeterminación que acompaña al uso de términos como “serios motivos que impidan o desaconsejen que se consulte”. Términos que no son propios de una norma penal de la que se exigen todas las garantías de seguridad y certeza jurídica, pues, sin perjuicio de que esta norma tenga un carácter extrapenal, o civil, puede tener consecuencias en la esfera punitiva si no se concretan cuáles sean esos “serios motivos que impidan o desaconsejen que se consulte”, y quién ha de determinar su concurrencia.” Véase Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección del concebido y de los derechos de la mujer embarazada,

consultase a los representantes legales o curador de la mujer⁶⁹⁷, o cuando interpelados negasen su consentimiento o asentimiento, según procediese, o expresasen opiniones distintas a la de la menor, en cuyo caso, el juez resolvería sobre la suficiencia y validez del consentimiento prestado por la mujer. Para ello, el Anteproyecto acordaba la incorporación de un nuevo proceso especial en la LECi, dentro de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, del Libro IV, Título I, cuya tramitación sería urgente y preferente.⁶⁹⁸ En cualquier caso, era el juez quien finalmente decidía sobre la autorización o no del aborto en dichos casos.

En definitiva, el Anteproyecto preveía dificultar aún más el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo para las menores de edad o mayores sometidas a curatela, que se veían forzadas a acudir ante los Tribunales para conseguir la autorización de sus representantes legales o del juez. Un obstáculo peligroso, pues el proceso judicial sobre el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo, también podía sufrir los retrasos motivados por la saturación de trabajo con que cuentan los órganos judiciales,

<http://www.poderjudicial.es/stfls/SALA%20DE%20PRENSA/NOTAS%20DE%20PRENSA/INFORME%20ANTEPROYECTO%20DE%20LEY%20ORGANICA.pdf>.

697

Como bien apunta el Informe del CGPJ sobre el supuesto de las mayores de edad sometidas a curatela, “resulta desproporcionado e injustificado que sea preciso el asentimiento del curador, dada la naturaleza y función de la institución de la curatela, y las diversas situaciones a las que se aplica (art. 286 del código civil). Así no es lo mismo la situación de los emancipados cuyos padres no pueden ejercer la asistencia prevenida por la Lev. los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad, o la situación de los declarados pródigos. Pues que en este caso nos encontramos ante una mayor de edad, el único motivo de sometimiento a curatela sería la prodigalidad de la mujer, y los actos para los que necesitaría el complemento del curador estarían vinculados a dicha prodigalidad, actos de disposición patrimonial, no actos personalísimos”, siendo correcta la recomendación que hace el CGPJ de “reconsiderar esta disposición y proceder a su supresión.” Véase Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección del concebido y de los derechos de la mujer embarazada, 58.

698

Modificaba los artículos 748 y 749 de la LECi, e incorporaba el III BIS, llamado “del proceso sobre el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo para la mujer menor de edad o con la capacidad judicialmente completada”, que incorporaría un nuevo precepto, el art. 768 bis de la LECi. El juez debía resolver atendiendo el interés de la mujer, después de escucharla, y teniendo en cuenta su edad, grado de madurez y circunstancias. En el caso de las menores de 16 y 17 años, el juez decidiría si el consentimiento de la mujer había sido prestado libre, expresa y válidamente, salvo que verificase su falta de madurez, en cuyo caso, resolvería atendiendo al interés de la menor. En el caso de las menores de 16 años, el juez resolvería atendiendo principalmente al consentimiento prestado por sus padres o tutor, salvo que ello fuera contrario a la protección del interés de la mujer, resolviendo, en tal caso o en ausencia de ese consentimiento, lo que procediese en atención a su interés.

independientemente de su designada tramitación preferente y urgente,⁶⁹⁹ pudiendo incluso resultar imposible el acceso al aborto legal dentro del plazo determinado al efecto en los casos aquí contemplados, teniendo en cuenta la suma de éste procedimiento judicial y el cumplimiento del resto de exigencias generales y específicas de cada indicación. Y lo peor de todo es que al final quien decide es el juez, pudiendo no autorizar el aborto en atención del “interés de la mujer”.⁷⁰⁰

El Informe del Consejo Fiscal a este Anteproyecto se manifestaba en contra de obligar a las menores de 16 y 17 años a dejar en manos de un juez la autorización para abortar cuando haya conflicto con los padres. Este informe considera excesivamente rígido una intervención judicial dirimente, recomendando finalmente que “se declare suficiente el consentimiento expreso de la mujer embarazada para justificar la práctica del aborto, tras haberse recabado la opinión de sus representantes legales o curador”; y “en caso de discrepancia con éstos” entiende que “lo razonable es que la ley respalde plenamente la autonomía de la mujer embarazada y que no le imponga la onerosa carga de promover un incidente judicial para hacerla valer, pues en un contexto normativo en el que habrá desaparecido todo vestigio de aborto libre a petición de la mujer, y en el que el único horizonte posible para la práctica legal de la interrupción del embarazo habrá quedado reducido a los supuestos críticos en los que el aborto responda a la necesidad de proteger su vida o su salud, o a reducir el grave quebranto que ha sufrido en su dignidad personal e integridad moral como víctima de un delito de naturaleza sexual, es prácticamente inconcebible que la autoridad judicial pueda imponerle la obligación de

699

Como advertía el Informe del CGPJ sobre este Anteproyecto al señalar: “(...) la situación de saturación y sobrecarga de los órganos judiciales, y la existencia de una multiplicidad de procedimientos legalmente calificados como urgentes y de tramitación preferente, que en la realidad no pueden ser atendidos con la rapidez e inmediatez que demanda su naturaleza y objeto. En este sentido, cabe plantear la posibilidad de que estos procedimientos puedan ser sometidos, de forma opcional, al régimen de jurisdicción voluntaria.” Véase Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección del concebido y de los derechos de la mujer embarazada, 60.

700

Aunque como bien se pregunta LAURENZO COPELLO, “qué escenario se han imaginado los reformistas en el que el aborto resulte contrario al interés de una menor cuya vida o salud se encuentran en grave peligro, que ha quedado embarazada como consecuencia de una agresión o abuso sexual, o que está gestando un feto inviable”, cuando es ella misma quien solicita la interrupción voluntaria del embarazo, encontrándose en una situación de conflicto extrema donde entran en juego bienes jurídicos fundamentales de los que ella es la titular (vida, salud, libertad, intimidad y dignidad), sin que debiera generarse duda alguna sobre la procedencia del aborto legal en dichos casos. Véase LAURENZO COPELLO, REPC, núm. 16-09, 2014, 09:33.

proseguir con la gestación, pues tal obligación se puede considerar ex ante incompatible con el interés objetivo de la menor o incapacitada.^{701 702}

La Asociación de Clínicas autorizadas para la interrupción del embarazo (ACAI), realiza un estudio retrospectivo entre enero y septiembre de 2014, con la finalidad de demostrar que la situación de las menores de 16 y 17 años que no informan a sus padres o tutores legales sobre la interrupción del embarazo es realmente minoritaria y excepcional,⁷⁰³ de manera que la declaración de validez del consentimiento de dichas menores es absolutamente necesaria para evitar abortos inseguros o clandestinos y embarazos no deseados que muy probablemente truncarán su proyecto de vida, debido a la temprana edad en que se les presenta la maternidad. De este estudio resulta que de

701

El Consejo Fiscal se muestra en contra, a pesar de valorar favorablemente que el texto proyectado haya dado el paso de exigir la intervención de los representantes legales o curador de la mujer embarazada en el proceso de toma de decisión de la práctica legal del aborto. Véase el Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada, 47 y sigs.

702

Y parece que así también lo entiende el CGPJ en su informe a este Anteproyecto, al realizar algunas precisiones respecto a la capacidad de los menores de edad, y la representación de los mismos, y traer a colación la interpretación de estas cuestiones, indicando que deben tenerse en cuenta a la hora de valorar el procedimiento previsto en el Anteproyecto y, en su caso, en su aplicación. Por ejemplo, cita el art. 162, 1º del CC, que exceptúa del marco de la representación legal de los padres respecto de los hijos menores no emancipados, los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo". Asimismo, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de marzo de 1989, "de indudable valor doctrinal", que reconoce la capacidad de actuación de los menores, argumentando que "en torno a la situación jurídica del menor de edad en nuestro ordenamiento, debe tenerse en cuenta que no existe una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse como excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquél para obrar por sí; y no cabe derivar esa incapacidad ni del art. 322 CC, en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil, ni tampoco de la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados; y, por otra parte, el art. 322 CC debe ser valorado en conexión con la técnica del CC de fijar, con ocasión de la regulación de actuaciones jurídicas concretas, la edad requerida para su válida conclusión (vid. arts. 46, 443, 662, 992, 1246 y 1263 CC, y 2 LEC, etc.), lo que permite afirmar que si a partir de los 18 años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esta edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (arts. 1, 3 y 4 CC), y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene ni con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad." Véase Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección del concebido y de los derechos de la mujer embarazada, 54 y sigs.

703

Y no generalizada como sostiene el PP.

25.394 interrupciones del embarazo, sólo 913 fueron realizadas a mujeres de 16 y 17 años, de las cuales, sólo 113 (0,44%) se realizaron sin comunicárselo a sus padres o tutores. De manera que 9 de cada 10 menores de entre 16 y 17 años (87,62%), informaron a sus tutores legales de la situación, acudiendo, en la mayoría de los casos, acompañadas por estos al centro acreditado donde se realizó el aborto.⁷⁰⁴ Respecto a los motivos alegados por las mujeres de 16 y 17 años para no informar a sus padres o tutores legales, se reflejan fundamentalmente el desamparo familiar, familias desestructuradas, progenitores en prisión y riesgo de sufrir malos tratos. Algunas menores magrebís aportan informes policiales y jurídicos que reconocían los malos tratos ocasionados a la menor, y en el caso de mujeres de 16 y 17 años nacidas fuera de España, se da la circunstancia de que son mujeres emancipadas que residen en el país sin sus padres.^{705 706}

704

Incluso se muestra que había aumentado ligeramente el número de menores que habían informado a sus padres, que el año anterior había sido del 87%.

705

Véase Investigación ACAI: “Mujeres de 16 y 17 años que no han podido comunicar a sus padres o tutores la interrupción de su embarazo”, noviembre de 2014, 3, 5, 6, 8, 9 y 10, disponible en <http://www.acaive.com/pdf/Investigacion-ACAI-menores-16-y-17-anos-noviembre-2014.pdf>. ACAI también realiza alegaciones contra el Anteproyecto en cuestión, después de haber sido notificada del mismo, de conformidad con lo previsto en el art. 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. En su escrito de alegaciones, apuntaba que no cabían modificaciones parciales al Anteproyecto, toda vez que no estaba de acuerdo ni con la moral que lo inspiraba, ni con el objetivo que perseguía, ni con la necesidad que justificaba el cambio normativo, ni con la vulneración de derechos de la mujer que suponía, considerando en definitiva que contra dicho Anteproyecto sólo tenía sentido una enmienda a la totalidad. Véase el Escrito de alegaciones de ACAI, presentado en contra del Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada, de fecha 13 de febrero de 2014, disponible en <http://www.acaive.com/pdf/Alegaciones%20ACAI%20%20Anteproyecto%20L.O.%20para%20la%20Proteccion%20de%20la%20vida%20del%20Concebido%20y%20de%20los%20Drechos%20de%20la%20Mujer%20Embarazada.pdf>.

706

Una cuestión no abordada por el Anteproyecto y que por ello ha resultado muy reprochada, es el caso de la mujer embarazada menor de edad, que contando con la madurez suficiente para expresar su voluntad, se oponga a la interrupción voluntaria del embarazo, poniendo con ello en serio peligro su propia vida o su salud, en cuyo caso surge un conflicto de intereses entre su autonomía personal y su vida o salud, donde claramente deberían resultar superiores su vida, su salud o su integridad física. Justamente el caso opuesto a los supuestos que sí contempla el Anteproyecto. Al respecto, el Informe del Consejo Fiscal apunta que la voluntad de la menor podría ser legítimamente limitada mediante una decisión judicial, en el marco del antiguo inciso cuarto del art. 158 del CC, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria que podría iniciarse a instancia de otros familiares o del Ministerio Fiscal (una opción que a juicio del Consejo Fiscal, debía ser revisada, y para la cual realiza una serie de recomendaciones). En este sentido LAURENZO COPELLO discurre que siempre ha de prevalecer la voluntad de las menores de 16 y 17 años, resultando intolerable que el Anteproyecto sólo previera mecanismos especiales “cuando se trata de desincentivar la práctica de un aborto y salvaguardar al concebido, desatendiéndose por completo de

4. *La impunidad de la mujer embarazada*

Este Anteproyecto acordaba para la redacción del art. 145.3 del CP, la impunidad de la mujer embarazada en cualquier caso.⁷⁰⁷ Así, a pesar del desprecio que denotaba para los derechos de la mujer embarazada, preveía su impunidad cuando ella consentía su propio aborto ilegal o se lo causaba a sí misma.

No obstante, esta disposición de impunidad absoluta para la mujer embarazada no guarda ninguna proporción con la penalización del aborto dispuesta por este Anteproyecto,⁷⁰⁸ pues disponía el sistema más restrictivo del aborto que se haya dispuesto en la democracia española, en tanto despojaba a la mujer embarazada del reconocimiento de su autonomía decisiva sobre su maternidad y de sus derechos sexuales y reproductivos, eliminando la indicación eugenésica, restringiendo bastante las indicaciones terapéutica y la ética, naturalmente, sin respetar los derechos fundamentales de la mujer en conflicto.⁷⁰⁹

Según la Exposición de Motivos del Anteproyecto, esta Ley excluye la punibilidad, pese al carácter ilícito de la conducta de las mujeres que se causan o que deciden someterse a un aborto fuera de los supuestos despenalizados, porque “no puede perderse de vista el hecho de que la mujer que se enfrenta a la decisión de interrumpir su embarazo es siempre víctima de una situación de grave conflicto personal, y que la

importantísimos intereses de la menor que pueden entrar en colisión con la continuación del embarazo, como sucede en los casos en que está en juego su vida, su salud o su integridad”. Véase LAURENZO COPELLO, RECPC, núm. 16-09, 2014, 09:34.

707

El proyectado art. 145.3 establecía: “*En ningún caso será punible la conducta de la mujer embarazada.*”

708

Para ello el Anteproyecto preveía la siguiente redacción del art. 145.2 del CP: “*El que indujere a una mujer a producirse su aborto o a consentir que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años.*”

709

Por esta razón, LAURENZO COPELLO considera que esta disposición es una “contrapartida de la total eliminación del derecho de las embarazadas a decidir sobre su propia gestación.” Véase LAURENZO COPELLO, RECPC, núm. 16-09, 2014, 09:35.

imposición de un sanción penal constituye un reproche excesivo que deviene, por ello, injustificado”.⁷¹⁰

Esta impunidad de la mujer origina ciertas dudas entre los defensores del Derecho penal como único medio de tutela legítima del *nasciturus* o entre quienes entienden que mediante la declaración de impunidad de la mujer, el Estado estaría faltando a su deber de tutela efectiva del *nasciturus*, dando gracia incondicional a la mujer embarazada. El Informe del Consejo Fiscal sobre este Anteproyecto apunta que, cuando la STC 53/1985 indica en su FJ 12 “que las exigencias constitucionales no quedarían incumplidas si el legislador decidiera excluir a la embarazada de entre los sujetos penalmente responsables”, se refiere a los responsables en caso de incumplimiento de los requisitos mencionados para la despenalización. De manera que según esta Sentencia, “la impunidad de la mujer que no contradice las exigencias constitucionales de protección de la vida prenatal es sólo y en principio la que se refiere a los casos de práctica del aborto en los supuestos despenalizados (bajo indicación o supuesto) pero ilegales por el incumplimiento de los requisitos de la impunidad de la intervención abortiva (informes previos, centros acreditados, carácter facultativo...)”, concluyendo que este sistema penal, “en su conjunto carece de coherencia al excluir en todos los supuestos la sanción a la mujer embarazada, desprotegiendo un interés constitucionalmente relevante como el *nasciturus*, frente a la declaración inicial que realiza la Exposición de Motivos.”^{711 712}

710

LAURENZO COPELLO apunta que “si a ello se une la declarada “ilicitud” del hecho, parece que, en términos doctrinarios, se estaría pensando en una causa de exculpación, basada en la inexigibilidad de una conducta distinta.” En este sentido LAURENZO COPELLO, RECPC, núm. 16-09, 2014, 09:35.

711

Véase el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada, 18 y siq., disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/2914INFORME_CF_ANTEPROYECTO_LO_ABOR_TO.pdf?idFile=17219c05-f691-47b9-9081-411f11c3c4c7. Del mismo modo, véase el 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, disponible en <http://www.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20Anteproyecto%20LO%20Proteccion%20Concebido.pdf>.

712

LAURENZO COPELLO señala que estas dudas no hubiesen surgido de haberse justificado la impunidad de la mujer desde “un punto de vista atento a las características reales que supone un embarazo, un hecho único y singular”, o como decía el FJ 11 de la STC 53/1985, “un vínculo natural que no tiene parangón en ningún otro comportamiento social”, de manera que “no sólo es legítimo sino también obligado en un sistema respetuoso con los derechos básicos de la personalidad, que en materia de aborto las mujeres queden siempre al margen de la ilicitud

5. Conclusiones sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada

El aumento de las exigencias circunstanciales y procedimentales para la legalidad del aborto voluntario, dispuestas por el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada, supone un desprecio absoluto para los derechos fundamentales de la mujer embarazada, porque además del conjunto de requisitos excedidos allí dispuestos, se exige un asesoramiento previo dividido en dos fases distintas, a cargo de personal diferente y con certificados médicos independientes e ineludibles, sin importar que la mujer que atraviesa una situación grave de conflicto, ya sea porque corre peligro su vida o su salud, o porque ha sufrido una agresión sexual de la que ha resultado el embarazo, está siendo obligada a cumplir con requisitos exagerados en el plazo de 22 o 12 semanas, según se trate de la indicación terapéutica o ética, cuando dogmáticamente el grave peligro para la vida o la salud de la mujer o la doble angustia que a ella le supone ser víctima de una agresión sexual y resultar embarazada, son circunstancias suficientes por sí solas para justificar la legalidad del aborto.

La “victimización” de la mujer que se somete al aborto propuesta por este Anteproyecto es manipulada como una estrategia para justificar la legalización del sistema de despenalización del aborto más restrictivo que hayamos conocido, incluso más que el limitado sistema de las indicaciones español de 1985 (elimina la indicación eugenésica y limita aún más las indicaciones ética y la terapéutica), de manera que se intenta argumentar así los descomedimientos que pretendía concertar este Anteproyecto: suprimir el reconocimiento de la autonomía de las mujeres embarazadas para decidir sobre su maternidad (que tanto esfuerzo y víctimas había costado); eliminar las políticas

penal”, y “desde esa perspectiva” no había necesidad alguna de recurrir a la “angustia” o al “grave conflicto personal” que supone el aborto para fundamentar dicha impunidad, “porque la implicación de derechos básicos de la personalidad que representa cualquier embarazo no deseado, impide va la construcción de un juicio de ilicitud penal dirigido a la conducta de la mujer que aborta, sean cuales fueren las circunstancias.” Aunque decía que “no lo ven así los reformistas”, para quienes la decisión de no penalizar a la embarazada “se basa en realidad en uno de los estereotipos más clásicos del patriarcado, que asocia la condición femenina con un instinto natural e inquebrantable de ser madres y criar a la prole”, y cuando la impunidad de la embarazada se funda en el estereotipo de la mujer-madre, el resultado es que el aborto aparece siempre como una práctica estigmatizada que perjudica, por encima de todos, a la propia embarazada, al frustrar su natural inclinación a la maternidad”. Véase LAURENZO COPELLO, RECPC, núm. 16-09, 2014, 09:35 y sig.

públicas de la LO 2/2010 encaminadas a conseguir la igualdad y la no discriminación en el acceso al aborto; el exterminio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres embarazadas, etc.

Sin lugar a dudas, una regulación del aborto en el sentido del Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada, no sería capaz de aplacar el número de abortos como bien ha evidenciado la experiencia práctica española, al dejar claro que la prohibición del aborto no impide que las mujeres interrumpan su embarazo en tanto conciben que el aborto es un mal, pero menor, que traer al mundo un hijo en determinadas situaciones.

El sistema despenalizador prescrito en este Anteproyecto de Ley, conjetura la mayor regresión en materia de aborto imaginable en España, lo que significaría volver a un superado pasado en el que las mujeres se vieron obligadas a acudir a los abortos clandestinos, a pesar de los graves riesgos que éste suponía para su vida o su salud, incluso sabiendo que podían ser condenadas por un delito de aborto, o en el mejor de los casos, al turismo abortivo para interrumpir su embarazo en condiciones legales y con las debidas condiciones sanitarias al amparo de las legislaciones de otros países del entorno, donde el aborto era legal.

Este Anteproyecto podría cuestionarse perfectamente desde la perspectiva constitucional, por no respetar la doctrina sentada por la STC 53/1985, sobre la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto en torno a un embarazo no deseado, donde se plantea un problema entre intereses jurídicos de valor constitucional, que el legislador debe ponderar, sin que ninguno de ellos pueda resultar ignorado de manera absoluta, lo cual naturalmente no se cumple en una normativa que atiende de manera predominante la tutela de la vida prenatal, despreciando los derechos de las mujeres embarazadas.

Si bien el fuerte revuelo social que causó este Anteproyecto ha logrado la retirada del mismo, no deja de inquietar el respaldo que obtuvo de parte de órganos tan importantes como el CGPJ o el Comité de Bioética de España, siendo también preocupante que la mayoría de los planteamientos del mismo estén implícitos en el recurso de inconstitucional presentado por el PP contra algunos preceptos importantísimos de la Ley 2/2010, y que aún está pendiente de resolución; lo que evidencia que en España aún queda mucho camino por recorrer para poder apuntalar los

derechos fundamentales de las mujeres en torno al aborto, para decidir sobre su vida sexual y reproductiva y sobre su maternidad ante un embarazo no deseado.

CAPÍTULO V. EL CONSENTIMIENTO DE LAS MENORES DE EDAD PARA LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO A PARTIR DE LA LEY ORGÁNICA 11/2015 PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN DE LAS MENORES Y MUJERES CON CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE EN LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO

Tal como había adelantado el Presidente del Gobierno Mariano Rajoy, al retirar su propuesta de Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada, el Gobierno del PP pretendía dejar sin efecto la validez del consentimiento de las menores de 16 y 17 años para el aborto, reconocido en un principio por la Ley de plazos española de 2010.

Así pues, el 23 de septiembre de 2015 entra en vigor 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 embarazo, la cual, como se había adelantado, viene a prescindir de la validez del consentimiento de las menores de 16 y 17 años para abortar.⁷¹³

En primer lugar, esta Ley suprime el apartado cuarto del art. 13 de la LO 2/2010 que inicialmente otorgaba el consentimiento para abortar a las menores de edad de 16 y 17 años de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad; requería que al menos uno de los representantes legales de la menor (padre o madre, personas con patria potestad o tutores) fuese informado de la decisión de interrumpir el embarazo; y permitía prescindir de este deber de información cuando la menor alegase fundadamente que esto le provocará un conflicto grave (peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o una situación de desarraigo o desamparo).⁷¹⁴

713

En las Cortes Generales esta Ley sólo fue aceptada con los únicos votos del Grupo Parlamentario del PP, tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado.

714

Véase supra 1ª, III, 2.4.

En segundo lugar, la LO 11/2015 añade un segundo párrafo al inciso 5 del art. 9 de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que pasa a disponer textualmente: *“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.”*

En resumidas cuentas, a partir de la LO 11/2015, las menores de 16 y 17 años que deseen interrumpir voluntariamente su embarazo necesitan contar con la autorización expresa de sus representantes legales (padre y/o madre, personas que ostenten la patria potestad o tutores).

Según la Exposición de Motivos de la LO 11/2015, “el que las menores de 16 y 17 años se encuentren acompañadas de sus representantes legales, padre y/o madre, personas que ostenten la patria potestad o tutores, según proceda, es fundamental para situaciones de vital importancia e impacto futuro, como es la interrupción voluntaria del embarazo”, de manera que “no se trata únicamente de la protección de la menor, sino que su cuidado comprende el núcleo esencial de todas esas figuras jurídicas; y así lo fija el Código Civil, tanto en el artículo 154, estableciendo que entre los deberes y facultades del ejercicio de la patria potestad está el de «velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral», como en el artículo 269, que dispone que «el tutor está obligado a velar por el tutelado», y, en particular, «a educar al menor y procurarle una formación integral». Se reflexiona así que, el reconocimiento de validez del consentimiento de las menores de 16 y 17 años que dispuso inicialmente la LO 2/2010, “impide a los progenitores y tutores cumplir con la obligación recogida en el Código Civil, privando a las menores de la protección que el mismo texto legislativo reconoce, de poder contar, en un momento crucial y complicado de su vida, con la asistencia de quienes ejercen su patria potestad”.⁷¹⁵

715

Esta Ley dispone expresamente que hace una remisión al CC a fin de solucionar cualquier tipo de conflicto que surja al prestar el consentimiento por los representantes legales o cuando la decisión de estos pueda poner en peligro el interés superior del menor.

Verdaderamente, la Exposición de Motivos de la LO 11/2015 parece una extensión del recurso de inconstitucionalidad 4523-2010,⁷¹⁶ en tanto sigue insistiendo en que “el reconocimiento de validez del consentimiento de las menores de 16 y 17 años que dispuso inicialmente la LO 2/2010, “impide a los progenitores y tutores cumplir con la obligación recogida en el Código Civil, privando a las menores de la protección que el mismo texto legislativo reconoce, de poder contar, en un momento crucial y complicado de su vida, con la asistencia de quienes ejercen su patria potestad”. Al contrario, como hemos defendido antes, lo que hacía inicialmente la Ley de plazos española era reconocerle a estas menores de edad la facultad de decidir por sí mismas, sin que el procedimiento del deber de información a los padres que dispuso esta Ley, impida que los progenitores, tutores o representantes legales de las menores de edad cumplan con sus facultades o responsabilidades de dar apoyo y auxilio a su hija o representada durante todo el proceso abortivo, independientemente de que la decisión final la tuviese la menor embarazada.

Este argumento de la Exposición de Motivos conmemora la premisa precedentemente mostrada: un embarazo no deseado a los 16 o 17 años de edad supone un problema bastante dificultoso fundamentalmente para la menor embarazada, a quien le repercute de manera directa y enérgica en su proyecto de vida, pero también trasciende de manera vehemente y económica a su familia; por ello es conveniente que la menor cuente con el apoyo y asesoramiento de sus padres o personas más allegadas en estos momentos, sin que de ningún modo ello signifique que la decisión final sobre el aborto la deban tomar sus padres, tutores o representantes legales, máxime cuando la tendencia legislativa es reconocer capacidad paulatina a los menores de edad para ejercer sus derechos y hacerse responsables de sus actos, de acuerdo con las leyes y con sus circunstancias de discernimiento (capacidad de casarse a los 14 años por dispensa judicial o a los 16 años cuando se trate de menores emancipados, o la capacidad de ejercer la sexualidad a los 13 años, en cuyos casos está implícito un posible embarazo), y cuando los derechos que resultan afectados por el hecho de la maternidad son derechos personalísimos de los que es titular la propia menor embarazada (derechos fundamentales de la menor de edad).

716

Recurso presentado por el mismo Grupo Parlamentario que promulgó esta Ley.

Aunque parezca impropio de un país europeo, España retrocede por vez reiterada en esta materia. Recuérdese que la primera vez fue en el año 2002, cuando la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, desandaba optando por la mayoría de edad como determinante de la capacidad para consentir el aborto (requiriendo el consentimiento expreso de los padres o representantes legales de las menores de edad), después de que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia habían considerado a la menor de edad capaz de dar un consentimiento válido para abortar en los casos en los que tuviese la capacidad o aptitud real para ello, inclinándose por reconocer validez al consentimiento de las menores al menos a partir de los 16 años, y sin descartar edades más tempranas cuando existía cierto grado de madurez en la embarazada. Y la segunda vez ha sido en el año 2015, cuando la LO 11/2015 suprime el inciso cuarto del art. 13 de la LO 2/2010, que reconocía la eficacia del consentimiento de las embarazadas con 16 y 17 años cumplidos para abortar.

Atrás se deja una disposición legal que de manera satisfactoria superaba los problemas prácticos de la falta de reconocimiento de la validez del consentimiento de las menores de edad, sobre todo en lo relativo al respeto de la libertad personal, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía de la voluntad de las menores de edad de 16 y 17 años, a quienes, como hemos visto, estando a las puertas de la mayoría de edad, la doctrina, la jurisprudencia y hasta la LO 2/2010 les había considerado preparadas para comprender el sentido y alcance de la intervención abortiva.

En conclusión, la LO 11/2015 desatiende la aludida tendencia legislativa de reconocer capacidad paulatina a los menores de edad para ejercer derechos y hacerse responsables de ciertos actos; del mismo modo que desprecia el hecho de que los derechos que aquí resultan afectados son derechos personalísimos de la menor embarazada, postergando el mandato constitucional del respeto de los derechos de las mujeres en condiciones de igualdad y justicia.

2ª PARTE. LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL ABORTO EN EL DERECHO COMPARADO

La regulación jurídica del aborto en el Derecho comparado es muy diversa. Existe un abanico muy amplio de modelos reguladores en el mundo que van desde la prohibición absoluta en países como Malta, Ciudad del Vaticano, Liechtenstein, Andorra, El Salvador, Nicaragua o República Dominicana, hasta legislaciones tan abiertas y progresistas como la holandesa, que mediante una ley de plazos permite el aborto a petición de la mujer dentro de las primeras 24 semanas de gestación.

Como se ha estudiado anteriormente, la inmensa mayoría de los sistemas de despenalización del aborto vigentes en el mundo (o que han regido en algún momento), están fuertemente condicionados por los límites de constitucionalidad derivados de la protección de la vida humana (concretamente de la vida prenatal), bien, en relación con las correspondientes cartas fundamentales de los distintos países o con su jurisprudencia constitucional. Esta cuestión ha impedido que en muchos casos se dispongan modelos despenalizadores más generosos, y que la obligación de tutela de la vida prenatal de cada Estado sea ejercida con mayor atención que la prestada a la autonomía de la mujer embarazada para decidir sobre su propio embarazo.

A continuación se estudiarán las regulaciones del aborto más señaladas del Derecho comparado, a efectos de mostrar los diferentes modelos de despenalización del aborto que operan en los diferentes países, en tanto algunos modelos han servido de referente para los procesos despenalizadores de otros países, o bien podrían serlo para quienes aún tienen pendiente la tarea de modificar sus legislaciones en materia de aborto.

CAPÍTULO I. EL ABORTO EN EUROPA

Aunque resulte excepcional, en algunos países de Europa el aborto sigue estando absolutamente prohibido. Es el caso de Ciudad del Vaticano, Andorra, Malta⁷¹⁷ y Liechtenstein.⁷¹⁸

En Ciudad del Vaticano la prohibición pareciera natural, al albergar la Santa Sede que es la máxima institución de la Iglesia católica, cuya doctrina considera que la vida humana debe ser respetada y protegida de manera absoluta desde el momento de la concepción.⁷¹⁹ En Andorra la situación es algo parecida, pues uno de sus copríncipes es el Obispo de Seo de Urgel, quien naturalmente se opone al aborto.⁷²⁰ De ahí que el art. 8 de la Constitución de Andorra (aprobada en 1993) reconozca el derecho a la vida y su protección plena en sus distintas fases. La regulación del aborto en Liechtenstein mantiene la ilegalidad del aborto con penas de hasta un año de prisión porque la mayor

717

El art. 241 de su Código Penal –según la enmienda introducida en 1981 establece textualmente: “1. *Todo aquel que, por medio de cualquier comida, bebida, medicamento o por la violencia, o por cualquier otro medio, provoque el aborto involuntario de cualquier mujer embarazada, con el consentimiento o no de la mujer, será condenado a reclusión por un periodo de dieciocho meses a tres años.* 2. *La misma pena se concederá en contra de cualquier mujer que procurará su propio aborto involuntario, o que hayan consentido en el uso de los medios por los que se procure el aborto involuntario.*”

718

En referéndum celebrado el 18 de septiembre de 2011, los habitantes de Liechtenstein rechazaron la iniciativa popular que proponía despenalizar el aborto durante las primeras 12 semanas de gestación, y sin ningún plazo en el caso de malformación del feto. La propuesta obtuvo un 47,7% de votos a favor frente a 52,3% en contra, con una participación del 60%.

719

Como parte de la sinrazón de la religión, nos encontramos la decisión del Papa Francisco (agosto de 2015), esto es, habilitar a los sacerdotes de la Iglesia católica a conceder el perdón a las mujeres que hayan abortado y se arrepientan de ello. Según el Papa “hay que continuar penalizando a la mujer, aunque menos de lo que se hace ahora, haciéndole más fácil que pueda arrepentirse y salvar su alma,” de manera que en lugar de tener que ir a un tribunal especial para que le permitan entrar en la Iglesia después de haber sido excomulgada por abortar, ahora se le permitirá que vaya a su cura del barrio que la podrá absolver, pero solamente durante el Año de la Misericordia. Si bien el Año de la Misericordia se celebra cada 25 años, el Papa Francisco ha convocado uno especial (desde el 8 de diciembre hasta el 20 de noviembre de 2016), una medida que “no intenta disminuir la gravedad del pecado sino aumentar la muestra de misericordia.” Véase VICENÇ NAVARRO, La Iglesia Católica, el Vaticano, el Papa Francisco y el aborto, Diario Público de 8 de agosto de 2015.

720

Cabe señalar que la forma de gobierno de Andorra es un principado parlamentario, cuyos jefes de Estado son los copríncipes de Andorra : el obispo de Urgel, como he indicado, y el presidente de la República Francesa. Se trata de un caso único en la Iglesia católica, donde un obispo tiene un “poder” aunque moderador de orden temporal desde el año 1276.

parte de sus ciudadanos secundan la tradición católica del país y la firme actitud de su Príncipe Alois de vetar cualquier proyecto de ley para legalizar el aborto en el principado.⁷²¹ Sin embargo, el caso de la República de Malta es diferente, puesto que no existiendo los anteriores condicionantes el aborto se castiga con prisión de 18 meses a 3 años, incluso cuando quien realiza o consciente el aborto es la propia mujer embarazada.

Si bien en Europa el modelo de las indicaciones es la elección minoritaria, territorios tan importantes como Reino Unido aún acogen este sistema, permitiendo la interrupción del embarazo hasta la semana 24 de gestación en caso de riesgo para la salud física o psíquica de la mujer o por problemas socioeconómicos, y sin límite temporal alguno cuando existe grave riesgo o malformaciones del feto. En un sentido parecido la legislación de Finlandia, que permite la interrupción del embarazo dentro de las 12 primeras semanas de gestación cuando exista riesgo para la salud de la gestante, por motivos económicas o sociales y cuando el embarazo es el resultado de un delito de violación, o bien durante las 20 primeras semanas de gestación cuando se trate de menores de 17 años y exista riesgo para la salud psíquica de la mujer.

Ahora bien, la tendencia generalizada en Europa son las leyes de plazos, una preferencia que han terminado adoptando la mayoría de los países europeos (tarde o temprano) en detrimento del sistema de las indicaciones. Los veinte países de Europa que se rigen por este sistema, garantizando a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción de la gestación, son: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Portugal, República Checa, Rumanía, Suecia y España.⁷²²

A continuación analizaremos los sistemas despenalizadores del aborto europeos más significativos en la materia.

721

El príncipe Alois (príncipe heredero de Liechtenstein que ejerce la regencia en nombre de su padre el Príncipe Hans-Adam II) tiene el derecho de veto en contra de cualquier cuestión parlamentaria, habiendo anunciado que ejercería este derecho contra cualquier proyecto de ley que despenalice el aborto.

722

Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Francia, Grecia, Eslovaquia, Hungría, Letonia, Lituania y la República Checa, admiten el aborto a petición de la mujer durante las primeras 12 semanas de gestación. Rumanía establece un plazo de impunidad de 14 semanas, Italia lo establece en 90 días, Portugal en 10 semanas, Suecia hasta las 18 semanas de embarazo, y finalmente, Holanda, que cuenta con la legislación más permisiva, al fijar el aborto libre hasta las 24 semanas de gestación.

1. *La regulación jurídica del aborto en Alemania*

Alemania ha sido uno de los países precursores de la Europa Occidental en advertir los derechos constitucionales de las mujeres en torno a la interrupción voluntaria de su propio embarazo.

El aborto fue legalizado por primera vez en Alemania en 1972, exactamente en la Alemania del Este o República Democrática alemana, a través de un sistema de plazos, a petición de la mujer y hasta las 12 semanas de embarazo.

En 1974, la República Federal alemana (Alemania Occidental) despenalizaba el aborto mediante una ley de plazos equivalente a la de la República Democrática alemana. Sin embargo, la misma nunca entró en vigor, ya que un grupo de legisladores (partido CDU) presentaron contra ella un recurso de inconstitucionalidad inmediatamente después de su aprobación,⁷²³ y un año más tarde, el Tribunal Constitucional la declaraba inconstitucional mediante Sentencia BVerfGE 39, 1, de 25 de febrero de 1975. Con fundamento en esta Sentencia el legislador alemán llevó a cabo una nueva reforma del CP en junio de 1976, optando por un sistema de indicaciones amplio. Dicho sistema incluía los supuestos de impunidad relativos al aborto terapéutico, ético y embriopático, así como un cuarto supuesto denominado “estado general de necesidad”.⁷²⁴ En cualquier caso, la interrupción del embarazo debía realizarse dentro de las 12 primeras semanas de gestación.

En junio de 1992, con la reunificación alemana, y por mandato del Tratado de Unificación de 31 de agosto de 1990, BGB1, II,⁷²⁵ se promulga una nueva ley del aborto,

⁷²³ El Tribunal Constitucional (BVerfG) decretaba la suspensión de la Ley al admitir el recurso por considerar que podría ser inconstitucional.

⁷²⁴ El estado general de necesidad (§ 218a StGB, párrafo 2, núm. 3) concernía a casos tan graves, que no se podía exigir a la mujer la continuación del embarazo, de manera que la gravedad o el peligro no podía evitarse de otra manera que no fuese mediante el aborto.

⁷²⁵ Que obligaba a la creación de una regulación única en materia de aborto en Alemania. En este sentido el art. 31, inciso 4, del Tratado de Unificación (Einigungsvertraag) de 31 de agosto de 1990, relativo a la Familia y la mujer, que establecía que a más tardar el 31 de diciembre 1992, se debía promulgar una regulación única en materia de aborto que diera cumplimiento a la protección de la vida prenatal y resolviera las situaciones de conflicto de las mujeres embarazadas, especialmente a través del asesoramiento particular y la asistencia social, mejorando las garantías que se daban al respecto en ambas partes de Alemania. Para CUERDA ARNAU, el Tratado de Unificación establecía

única para toda Alemania, la Ley para la protección de la vida en desarrollo antes del parto, para la promoción de una sociedad más accesible a los niños, para la ayuda de la mujer embarazada en situación de conflicto y para la regulación de la interrupción del embarazo.⁷²⁶ Esta Ley modificaba los §§ 218, 218 a, b, 219, 219 a y b del CP alemán (StGB), declarando “no antijurídica” la interrupción voluntaria del embarazo en los mismos supuestos de impunidad recogidos en las indicaciones de la República Federal alemana antes vistos, y en virtud de un modelo del plazo con asesoramiento. El nuevo modelo del plazo con asesoramiento requería que la intervención abortiva se realizase a solicitud de la mujer embarazada, sometiéndose previamente a un asesoramiento, con al menos 3 días de anterioridad a la intervención, la cual debía ser realizada por un médico durante las primeras 12 semanas de embarazo. No obstante, antes de su entrada en vigor, el Tribunal Constitucional alemán decreta la suspensión de esta Ley declarándola inconstitucional mediante la Sentencia BVerfGE 88, 203, de 28 de mayo de 1993. Esto motivó una nueva reforma del CP alemán que vino a plasmar las condiciones exigidas en esta Sentencia.

En definitiva, la actual regulación del aborto en Alemania es fruto de varias reformas legislativas sobre las que el Tribunal Constitucional ha ejercido una influencia determinante, de manera que la legislación alemana en materia de aborto está determinada por la jurisprudencia constitucional de este país.⁷²⁷ Por esta razón, antes de exponer el actual modelo alemán, cabe analizar su jurisprudencia constitucional, propiamente las Sentencias del Tribunal Constitucional alemán BVerfGE 39, 1, de 25 de febrero de 1975 y BVerfGE 88, 203, de 28 de mayo de 1993.⁷²⁸

una fórmula muy ambigua porque por un lado exigía situación era ambigua porque por un lado exigía que garantizase la protección de la vida prenatal pero por otro que resolviese las situaciones de conflicto de la mujer embarazada de manera más adecuada a la que se venía haciendo en las 2 Repúblicas alemanas. En este sentido CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 129, n. 23.

⁷²⁶ (Schwangeren-und FamilienhilfeGesetz, BGGb1, I, 1398, o SFHG).

⁷²⁷ En este sentido CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 125.

⁷²⁸ Como he manifestado precedentemente, la jurisprudencia constitucional alemana ha tenido gran repercusión en la jurisprudencia constitucional española, en la STC 53/1985, que se pronunciaba sobre la constitucionalidad del sistema de indicaciones del art. 417 bis del CP, sin que pueda descartarse que también la tenga sobre la sentencia que resuelva el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la vigente LO 2/2010, aún pendiente de resolución por el TC español. De ahí que haga mayor hincapié en la regulación del aborto no punible en la legislación alemana y la doctrina constitucional propia de esta materia.

1.1. La Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, BVerfGE 39, 1, de 25 de febrero de 1975

La primera Sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el aborto (BVerfGE 39, 1, de 25 de febrero de 1975) declara inconstitucional la ley de plazos que despenalizaba la interrupción del embarazo dentro de las primeras 12 semanas de gestación en la República Federal alemana, es decir, declara la inconstitucionalidad de la Quinta Ley para la Reforma del Derecho Penal de 18 de junio de 1974 (BGBl. I p. 1297).⁷²⁹

En consecuencia, esta Sentencia declara la inconstitucionalidad y nulidad del § 218 a del CP, que regulaba la no punibilidad de la interrupción del embarazo dentro de las primeras 12 semanas de gestación,⁷³⁰ por entender que este precepto despenalizaba la interrupción voluntaria del embarazo sin que exista un motivo que se corresponda con el orden de valores de la Constitución, fundamentando esta decisión en diferentes argumentos que se exponen a continuación.

El Tribunal considera que esta Ley incumple la obligación constitucional de proteger satisfactoriamente la vida humana en formación, de modo que el § 218 a del CP es contrario al art. 2, párrafo 2, frase 1 de la Constitución alemana, el cual dispone que “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física”, en relación con el art. 1, párrafo 1 de la misma Ley Fundamental, el cual señala que “la dignidad humana es intangible”, de modo que “respetarla y protegerla es obligación de todos los Poderes del Estado”.

El Tribunal dice señaladamente que la vida humana en formación es un bien jurídico autónomo protegido por el mismo art. 2, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental, sobre el que además concibe la dignidad garantizada en el art. 1, párrafo 1 de la misma Constitución. Con este argumento el Tribunal contraría las alegaciones de quienes

729

Un extracto de esta Sentencia se puede ver en JÜRGEN SCHWABE, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por JÜRGEN SCHWABE, 2009, 114 y sig.

730

El art. 218 a de la Quinta Ley para la Reforma del Código Penal alemán, en lo que respecta a la versión (5. SrrRG) de 18 de junio de 1974 (BGBl. I, p. 1297), indicaba textualmente: “No será sancionado el aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer, cuando no hayan transcurrido más de doce semanas desde la concepción.” Esta es la llamada “Fristenregelung” o regulación de plazos.

entendían que la palabra “todos” utilizada por el art. 2 de la Constitución alemana no incluía al *nasciturus*, sin entrar a resolver realmente esta apurada cuestión.⁷³¹

Asimismo, la Sentencia declara la obligación del Estado de proteger la vida humana en formación, no sólo de las intromisiones estatales, sino también de los ataques de terceras personas, incluidos los de la propia madre. Pareciera que este miramiento recalcará la inclusión del *nasciturus* en la palabra “todos” del art. 2, pues de lo contrario resultaría difícil garantizar la protección de la vida humana en gestación frente a las propias injerencias estatales. CUERDA ARNAU considera que la argumentación de la obligación del Estado de proteger la vida humana en formación, responde a que este Tribunal no resolvió la apurada cuestión de si el no nacido es titular o no de derechos fundamentales o si por el contrario su derecho a la vida resulta protegido únicamente en tanto en cuanto, según la jurisprudencia constante, las normas que garantizan derechos fundamentales contienen no sólo derechos subjetivos del individuo de defensa frente al Estado, sino que al mismo tiempo, dan cuerpo a un orden de valores objetivos cuya validez se proyecta en todos los ámbitos del derecho, vinculando al poder legislativo, ejecutivo y judicial.⁷³²

En cualquier caso, se puede entender que el Tribunal Constitucional alemán reconoce que la vida está protegida bajo la Constitución en una doble dimensión, es decir, como derecho subjetivo y como valor objetivo, en tanto señala que no es necesario decidir si el feto es titular de un derecho subjetivo a la vida, porque su vida de todas formas está protegida bajo la dimensión objetiva, concediéndole así a la vida prenatal un peso equivalente o muy similar que el de la vida de las personas nacidas.

El Tribunal valora la relación entre la mujer embarazada y el *nasciturus* como absolutamente excepcional, pues la mujer brinda soporte vital a la vida prenatal y el embarazo forma parte de su esfera más íntima. En consecuencia, declara que durante todo el embarazo, la protección de la vida del embrión o feto tiene preferencia frente al derecho de autodeterminación de la mujer embarazada, de manera que la protección del *nasciturus* no puede ser desatendida en ningún momento ni siquiera en virtud de un plazo determinado de impunidad. Asimismo, afirma que el embrión o feto no forma parte del

⁷³¹ Véase CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, El debate, 2012, 126.

⁷³² Véase CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, El debate, 2012, 126.

organismo de la mujer embarazada sino que el *nasciturus* es un ser vivo independiente que goza de una protección constitucional autónoma, lo que limita el derecho de la mujer embarazada a disponer libremente de esa vida, limitando también el libre desarrollo de su personalidad. En sentido contrario, entiende que si el embrión o feto formara parte del organismo de la mujer embarazada, la interrupción del embarazo quedaría en el ámbito privado de decisión de la mujer. En definitiva el Tribunal funda en la vinculación biológica de la mujer con el *nasciturus*, la justificación del deber especial o reforzado de protección que recaería sobre la madre respecto del feto, de manera que llama a no olvidar que la vida en desarrollo ha sido confiada por la naturaleza en primer lugar a la protección de la madre, siendo la principal labor del Estado tratar de despertar o fortalecer esa responsabilidad materna.

Según la Sentencia, la Ley Fundamental ordena rechazar jurídicamente la interrupción del embarazo por suponer desprotección de la vida humana garantizada en el art. 2, párrafo 2 de dicha Ley Fundamental, en tanto admite la muerte del producto de la concepción.

En consecuencia, señala que el legislador debe rechazar la interrupción del embarazo a través de medios eficaces para lograr la protección de la vida humana en formación, pudiendo valerse de la imposición de una pena o bien de medidas de protección afines al valor del bien jurídico, de manera que el Derecho penal constituya la *última ratio*, es decir, sólo es legítimo recurrir al Derecho penal si otras medidas no son eficaces para lograr dicha protección. De esta manera el Tribunal reconoce que sólo existe un deber relativo de castigar con una pena el aborto cuando las medidas de protección resulten insuficientes para proteger la vida prenatal. Sin embargo, en el caso de la prohibición de aborto, la norma penal implica para la mujer mucho más que un deber de abstención. Como señala UNDURRAGA VALDÉS, este razonamiento es incorrecto, porque el carácter más o menos invasivo del medio de protección no se relaciona necesariamente con su mayor o menor efectividad, pues la amenaza de afectación de la libertad, por ejemplo en delitos de homicidio y lesiones sí puede ser un elemento disuasivo y efectivo, no sólo por la característica intrínseca de la amenaza penal, sino también por el tipo de comportamiento que la norma penal impone (no matar o no lesionar); pero en el caso de la prohibición de aborto, la norma penal implica para la mujer mucho más que el deber de no abortar, al suponer también múltiples obligaciones propias del embarazo y la futura maternidad, una cuestión que resulta clave para comprender por

qué la sanción penal en todas partes del mundo ha sido inefectiva para disuadir a las mujeres de abortar.⁷³³

Finalmente, la Sentencia introduce la idea de la inexigibilidad de la obligación de mantener un embarazo en ciertas situaciones de conflicto entre la vida prenatal y los derechos de la mujer. Expone que si bien en estos casos debía darse prioridad a la vida prenatal, en tanto el mantener un embarazo se transforma en una carga tan intensa que no puede exigírsele a la mujer, el derecho debe aceptar el aborto, estableciendo expresamente los casos de indicaciones en que el aborto estaría justificado. El Tribunal considera que no se puede exigir a la mujer que continúe con un embarazo cuando la interrupción del mismo es indispensable para rechazar un peligro para su vida o evitar el peligro de un severo detrimento a su estado de salud, pudiendo el legislador valorar otras cargas extraordinarias o supuestos de conflicto que agraven la situación de la madre de manera análoga a los supuestos indicados anteriormente y, de considerarlos inadmisibles, puede incluso declarar en dichos casos la impunidad del aborto.

1.2. La Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, BVerfGE 88, 203, de 28 de mayo de 1993

Como se ha indicado antes, la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán BVerfGE 88, 203, de 28 de mayo de 1993, viene a declarar la inconstitucionalidad de la Ley de protección de la vida en desarrollo antes del parto, para la promoción de una sociedad más accesible a los niños, para la ayuda de la mujer embarazada en situación de conflicto y para la regulación de la interrupción del embarazo (SFHG), promulgada en Alemania a raíz de la reunificación alemana en 1992. El art. 13 de dicha Ley modificaba la regulación del aborto de los artículos §§ 218, 218 a, b, 219, 219 a y b del CP alemán (StGB), declarando “no antijurídica” la interrupción del embarazo en los supuestos de impunidad de las indicaciones relativas a la Alemania Federal antes mencionadas (indicación médica, ética, embriopática y “estado general de necesidad”) y en virtud del novedoso sistema del plazo con asesoramiento también descrito precedentemente (a petición de la mujer, previo asesoramiento durante las primeras 12 semanas de embarazo).

733

Cfr. UNDURRAGA VALDÉS, Construyendo un relato judicial para América Latina en torno al argumento de la inexigibilidad de la obligación de mantener un embarazo, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, 2011, 18 y sig., disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/yfs_sela/93/.

Como apunta CUERDA ARNAU, siguiendo la exposición del Profesor HASSEMER, esta Sentencia considera tres cuestiones principales: la idea de que en el aborto se lesiona un bien jurídico de obligada tutela, el papel que a tal efecto corresponde jugar al Derecho penal, y el contenido y alcance del asesoramiento como instrumento de tutela de carácter procedimental.⁷³⁴ Para una mejor comprensión de la Sentencia, me guiaré por la estructura allí dispuesta.

a) La protección del bien jurídico vida humana en formación

El Tribunal Constitucional alemán reafirma algunas de las consideraciones vertidas en su Sentencia anterior (BVerfGE 39, 1, de 25 de febrero de 1975). Revalida que la vida humana en formación es un bien jurídico autónomo protegido por el art. 2, párrafo 2, frase 1 de la Constitución, sobre el que además concibe la dignidad garantizada en el art. 1, párrafo 1 de la misma Ley Fundamental.

Confirma también que el Estado tiene la obligación de proteger la vida humana en formación de cualquier ataque procedente del mismo Estado, de terceros o incluso de la propia mujer embarazada. De modo que el Estado debe considerar antijurídica la interrupción del embarazo y prohibirla durante todo el embarazo, pues el derecho a la vida del *nasciturus* no puede, ni siquiera por tiempo restringido, quedar sometido a la decisión libre de un tercero, ni siquiera de la propia madre.

La Sentencia considera que el *nasciturus* es titular de un derecho a la vida propio que no depende de la madre. Por ello entiende que la vida prenatal merece protección jurídica también frente a la madre, una protección ordenada constitucionalmente y que únicamente es posible si supone obligatoriamente la prohibición imprescindible del aborto y el deber esencial de llevar a término el embarazo.

El Tribunal reflexiona que el deber de protección de la vida humana en formación se debe determinar tanto en virtud de la importancia y la necesidad de protección del bien jurídico en cuestión (la vida humana en formación), como de los bienes jurídicos de los que la mujer es titular, los cuales entran en conflicto con aquella vida (la vida e integridad

⁷³⁴

CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, El debate, 2012, 131, n. 26.

corporal,⁷³⁵ el derecho a la libre personalidad⁷³⁶ y el respeto o protección de la dignidad humana).⁷³⁷

La Sentencia continúa matizando que el deber del Estado de proteger la vida humana en gestación de manera adecuada y efectiva puede cumplirse utilizando medidas de carácter normativo y fáctico, pudiendo disponer tanto de elementos de protección preventivos como represivos.

En último lugar, el Tribunal reafirma lo dispuesto en la Sentencia anterior (BVerfGE 39, 1, de 25 de febrero de 1975) sobre la inexigibilidad de la continuación del embarazo en ciertos casos excepcionales, en virtud del criterio de la insostenibilidad, según el cual no se puede pretender obligar a la madre a continuar con la gestación cuando existe una carga de tal magnitud que representa para ella un sacrificio de sus valores vitales en detrimento de sus derechos fundamentales. No obstante, como veremos más adelante, en esta segunda Sentencia, a diferencia de la primera (1975), si bien el Tribunal alemán mantiene el criterio de inexigibilidad, entrega a la mujer la determinación de cuándo un embarazo es inexigible para ella en tanto acepta la legalización del aborto durante el primer período inicial de impunidad condicionándolo al objeto del asesoramiento.

b) La función del Derecho penal

La Sentencia concibe que la función del Derecho penal sea garantizar la obligación del Estado de brindar una protección suficiente (adecuada y efectiva) de la vida humana en formación, lo que en principio supone la prohibición al legislador de prescindir del empleo del Derecho penal y de su efecto protector para dicha vida.

Sin embargo, se reafirma en lo dispuesto en su Sentencia de 1975 (BVerfGE 39, 1, de 25 de febrero de 1975), admitiendo la renuncia al Derecho penal en casos excepcionales bien determinados, en los que existe un conflicto entre bienes jurídicos (entre la protección de la vida humana en formación y los derechos fundamentales de la mujer) particularmente difícil para la madre, en tanto el embarazo o la maternidad resultan una carga importante para ella con efectos graves sobre sus derechos fundamentales.

⁷³⁵ Art. 2, párrafo, 2 de la Ley Fundamental.

⁷³⁶ Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

⁷³⁷ Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

Verdaderamente, la idea central de toda la Sentencia es que la mejor manera de proteger la vida humana en formación, sobre todo en los primeros meses de gestación, no tiene porque ser necesariamente a través del Derecho penal. Este argumento permite que el Tribunal termine admitiendo que para cumplir con el deber de protección de la vida prenatal, el legislador pueda acudir a otros sistemas de protección como por ejemplo el asesoramiento obligatorio a que debe someterse la mujer embarazada antes de decidir sobre la continuación o no de su embarazo como veremos al referirnos al asesoramiento. Quizás sea esta la consideración más importante de esta Sentencia, en tanto el Tribunal cataloga la decisión de la mujer embarazada de interrumpir el embarazo de “antijurídica”, incluso cuando se cumplan todos los requisitos legales del asesoramiento, a pesar de liberarla de toda responsabilidad penal,⁷³⁸ en tanto el Tribunal considera que si bien en principio el aborto es ilegal, no debe ser en todo caso penalizado.⁷³⁹

A partir de la anterior consideración, este Tribunal establece que la Ley Fundamental alemana no permite prestaciones públicas sanitarias cuya juridicidad no ha sido reconocida, aunque matiza finalmente que el legislador puede reglamentar, por qué vías y de qué forma, el servicio público de salud puede asumir los costos de la interrupción del embarazo cuando exista necesidad económica de la mujer. En primer lugar, entiende que el deber de protección de la vida consagrado en la Constitución alemana, prohíbe interpretar el § 24 b SGB V⁷⁴⁰ en el sentido de que las prestaciones de seguridad social puedan ser conferidas de la misma manera, tanto en casos en que la legalidad de la interrupción del embarazo no puede ser determinada, como si se tratara de

738

En este sentido CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 138 y sig.: “Hablando claro: la Sala no se ha atrevido, en definitiva, a aceptar sin reservas la decisión de la mujer en su calidad de responsable última. Le niega la descarga normativa, incluso cuando haya cumplido todas las condiciones del concepto de asesoramiento (asesoramiento, plazos, competencias). De este modo, si bien la libera de responsabilidad criminal, pone a su decisión de abortar el sello de “antijurídico”, dejando de este modo abierto el camino para imponerle sanciones extrapenales. En el lugar de la pena criminal aparece, de manera funcionalmente equivalente, la denegación de ayuda, lo que –irónicamente dice HASSEMER- no deja de ser una “ocurrencia” moderna”.

739

Un interesante comentario de este párrafo ofrece DOMINGO OSLÉ, en *El aborto y el Tribunal Constitucional alemán: observaciones sobre la Sentencia de 28 de mayo de 1993*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. I, núm. 2, 1994, 279.

740

De conformidad con el §24 b SGB V (Libro quinto del Sozialgesetzbuch o Ley de Seguridad Social, el seguro de enfermedad debía hacerse cargo de los costos de la interrupción del embarazo cuando ésta no fuera contraria a la ley.

interrupciones del embarazo no violatorias de la ley,⁷⁴¹; y en segundo lugar, discurre que el principio del Estado social (Art. 20, párrafo 1, de la Ley Fundamental) prohíbe al Estado tratar los abortos no sujetos a sanción penal –en el marco de la regulación del asesoramiento– como “permitidos”, argumentando que en el caso concreto no se lleva a cabo estudio alguno para determinar su ilicitud.⁷⁴² Es decir, este Tribunal entiende que la Constitución no admite un derecho a recibir la prestación del seguro legal de enfermedad para la realización de un aborto que no ha sido legalmente justificado, aunque en caso de necesidad económica, no existen impedimentos constitucionales ni salariales para la concesión de ayuda social para las interrupciones voluntarias del embarazo.

c) El asesoramiento previo

Si bien la Sentencia considera inadmisibles que el Derecho penal permita el aborto más allá de las indicaciones predeterminadas en la ley, afirmando que a falta de una indicación el aborto no podrá considerarse justificado (“no antijurídico”) sino meramente “no punible”, como es el caso del aborto practicado dentro de las primeras 12 semanas de gestación, a solicitud de la mujer embarazada; la Sentencia reconoce que al legislador no le está prohibido constitucionalmente, en principio, caminar hacia una noción de protección de la vida del *nasciturus* que, en la fase temprana del embarazo y en casos de situaciones de conflicto (vida humana en formación contra derechos fundamentales de la mujer), se base en el asesoramiento a la mujer embarazada, siempre y cuando la finalidad del mismo sea convencer a la mujer para que continúe con su embarazo y afronte su maternidad.

741

En palabras del Tribunal “si en el caso de las interrupciones llevadas a cabo bajo las condiciones de la reglamentación de la consejería durante la fase temprana del embarazo, no se puede establecer si debido a la existencia de un estado de necesidad genérico se pueden considerar como permitidas, entonces el Estado de Derecho, como principio, no podrá participar en ellas, tampoco financiándolas ni obligando a terceros (como la comunidad solidaria, con base en las leyes de seguridad social). Mediante una participación tal, el Estado asumiría la responsabilidad por actividades cuya licitud, por razones jurídico constitucionales, no puede dar por sentada y que, por otro lado –dentro del marco de su concepto de protección– está impedido para determinar tal licitud.”

742

Dice el Tribunal que “el Estado social sólo puede realizarse en la práctica sobre la base de la Ley Fundamental y con los medios del Estado de derecho. Si el Estado asumiera de manera general –es decir, sin llevar a cabo una diferenciación tomando en consideración los principios del estado social–, de manera directa o indirecta una responsabilidad (común) para procedimientos de cuya licitud no puede cerciorarse, ello afectaría al principio del Estado de derecho, no sólo de manera tangencial, sino que implicaría una lesión al núcleo mismo del Estado de Derecho.”

Así, el Tribunal añade que “si el legislador, en cumplimiento de su deber de protección, decide migrar hacia un esquema de asesoramiento, ello significa que el efecto protector -de carácter preventivo- para la vida del *nasciturus* debe ser alcanzado decididamente mediante la influencia que se ejerce a través de la asesoría sobre la mujer que está considerando interrumpir su embarazo”, de modo que el asesoramiento debe dirigirse a conseguir que la mujer embarazada dé a luz al niño. De esta manera, el Tribunal reconoce que durante el primer trimestre del embarazo un asesoramiento en dicho sentido puede satisfacer el deber de protección del Estado respecto a la vida del *nasciturus*.

A partir de aquí la Sentencia se centra en aclarar las condiciones que necesariamente debe cumplir el asesoramiento para satisfacer este deber de protección, en tanto el Tribunal claramente dispone que no puede tratarse de un asesoramiento cualquiera sino aquel que esté dirigido a conseguir que la mujer embarazada dé a luz al niño.

El Tribunal comprende que el modelo de asesoramiento está encaminado a fortalecer el sentido de responsabilidad de la madre, siendo el Estado el responsable de llevar a cabo dicho proceso de asesoramiento. Se reconoce así la función protectora del asesoramiento para la vida del *nasciturus*, y en consecuencia, el Tribunal exige crear condiciones marco que generen circunstancias favorables para que la mujer actúe a favor de la vida del que está por nacer.⁷⁴³

En cualquier caso, el Tribunal expone claramente las condiciones marco necesarias del modelo de asesoramiento según su opinión: por ejemplo que la asesoría se convierta en una obligación para la mujer; que el asesoramiento persiga animar a la madre a gestar y dar a luz a su hijo; que la asesoría sea adecuada en cuanto a su contenido, desarrollo y organización para transmitirle a la mujer los conocimientos e informaciones precisos para tomar una decisión responsable sobre la continuación o interrupción del embarazo; que en el asesoramiento se involucre a aquellas personas que puedan influir positiva o negativamente en la voluntad de la mujer en caso de conflicto durante el embarazo,

743

Porque como continúa diciendo la Sentencia, “sólo así puede prescindirse de la configuración de los elementos de hecho de las indicaciones como condición para la interrupción del embarazo: cuando el sistema de asesoramiento genere verdaderamente un efecto protector para la vida del *nasciturus*.”

siendo esto válido especialmente para el médico⁷⁴⁴ o bien para las personas que conforman el entorno familiar y social de la mujer embarazada. Claramente, la Sentencia delega en el asesoramiento una función de protección preventiva respecto al *nasciturus*, insistiendo en la necesidad de determinar un contenido, desarrollo y organización adecuados del propio asesoramiento, incluyendo la selección de las personas que participen en éste, de modo que a partir del mismo se respete el mandato constitucional de brindar una protección suficiente a la vida humana en formación. Del mismo modo la Sentencia insiste en la necesidad de desarrollar políticas sociales, económicas y familiares efectivas y suficientes para que la mujer que considera interrumpir su embarazo, pueda optar finalmente por traer al mundo al niño y plantearse un proyecto de vida con su hijo.

A partir de las consideraciones anteriores, la Sentencia entra a declarar la insuficiencia del contenido y alcance del asesoramiento dispuesto en la Ley original (SFHG), por entender que prevenido tal cual, incumple la obligación de proteger efectivamente la vida del *nasciturus*, en la medida ordenada por el art. 1, párrafo 1, en relación con el art. 2, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental alemana.

Nuevamente, esta decisión motivó una reforma posterior de la legislación alemana del aborto con el fin de plasmar las condiciones que esta misma Sentencia exigía, modificándose nuevamente los artículos del CP penal alemán en el sentido que veremos a continuación.⁷⁴⁵

1.3. La actual regulación legal del aborto en Alemania

Como se ha indicado preliminarmente, la actual regulación del aborto en Alemania data de 1992, de la Alemania reunificada, habiéndose reformado en 1995. Dicha regulación combina los dos sistemas despenalizadores hasta entonces conocidos en Alemania, el de la antigua República Democrática alemana, que despenalizaba el aborto

744

Según esta Sentencia, el deber estatal de protección de la vida del *nasciturus*, exige que la indispensable participación del médico –a favor de la mujer– genere igualmente la protección de la vida del que está por nacer. Esto, en tanto el médico está obligado a brindar ayuda y consejo a la mujer (desde la perspectiva médica), sin que pueda llevar a cabo la interrupción del embarazo solicitada sin más, debiendo responder por su actuación médica, estando obligado a proteger la vida y la salud, y por consiguiente, no pudiendo participar a ciegas en la práctica de un aborto.

745

En este sentido véase CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 136, n. 31.

atendiendo a un sistema de plazos, y el de la República Federal, que seguía un sistema de indicaciones.

Tanto el aborto punible como el aborto no punible están regulados en el CP alemán, en los §§ 218 y sigs.

a) El aborto punible

El aborto punible está codificado en el § 218 del CP alemán.

El inciso 1, castiga con pena privativa de libertad de hasta 3 años o con multa, a quien interrumpa el embarazo fuera de los casos de aborto no punibles del § 218a.

Por su parte, el inciso 2, castiga con pena privativa de libertad de entre 6 meses y 5 años, los casos especialmente graves. Por regla general se consideran especialmente graves aquellos casos donde el autor actúa contra la voluntad de la mujer embarazada, o bien, cuando se le causa culposamente un peligro de muerte o un grave daño a la salud de la madre.

La mujer es castigada al tenor del inciso 3, con pena privativa de libertad de hasta un año o multa.

La tentativa es punible según el inciso 4 de este artículo, indicándose expresamente que la mujer embarazada no será castigada por tentativa.

b) El aborto no punible

El aborto no punible está regulado en el § 218a relativo a la interrupción voluntaria del embarazo.

➤ El modelo del plazo

En primer lugar, el inciso 1 del § 218a, regula el aborto no punible en virtud del sistema del plazo, cuando la embarazada solicita la interrupción del embarazo, demostrando al médico ejecutor, por medio de un certificado (según el § 219, inciso 2, frase 2), haberse sometido al asesoramiento previo, al menos 3 días antes de la intervención; debiendo practicar la interrupción del embarazo un médico; y no habiendo transcurrido más de 12 semanas de embarazo desde la concepción.

Asimismo, el inciso 4 del § 218a, declara no punible el aborto en virtud del modelo del plazo, cuando la interrupción del embarazo haya sido practicada después del asesoramiento descrito en el § 219, se practique por un médico, y desde la concepción no hayan transcurrido más de 22 semanas, siempre y cuando, al tiempo de la intervención, la mujer embarazada se encuentre en una “situación de especial necesidad”. Si bien la “situación de especial necesidad” responde a un concepto jurídicamente indeterminado, se considera que existe dicha situación, cuando el seguir con el embarazo suponga para la madre un sacrificio que va más allá de lo tolerable.

➤ **El modelo de las indicaciones**

i. La indicación médica o terapéutica

El inciso 2 del § 218a, declara no punible el aborto en virtud de la indicación médica o terapéutica, cuando la interrupción del embarazo es practicada por un médico con consentimiento de la embarazada y la misma es necesaria para eliminar un peligro para la vida de la embarazada o cuando exista un peligro de un perjuicio muy grave para su salud física o psíquica, y éste peligro no puede ser eliminado de otra manera exigible para ella.

ii. La indicación criminológica

El inciso 3 del § 218a declara no punible el aborto en virtud de la indicación criminológica, cuando la interrupción del embarazo ha sido practicada por un médico, con consentimiento de la embarazada y según dictamen médico se ha cometido contra la mujer embarazada alguno de los delitos sexuales regulados en los §§ 176 a 179 del CP alemán⁷⁴⁶, existiendo razones fundadas para la creencia de que el embarazo es consecuencia de dicho hecho, y que desde la concepción no han transcurrido más de 12 semanas.

➤ **Régimen de la prestación sanitaria**

La intervención abortiva como prestación sanitaria es pública cuando se trata de las intervenciones que se acogen al sistema de indicaciones (terapéutica o criminológica), pero no lo es, cuando se trata de las interrupciones del embarazo regidas por el sistema

⁷⁴⁶

Se refiere a los delitos sexuales de abusos sexuales contra niños e incapaces mentales de los §§ 176, 176a y 179 del CP alemán, así como el delito de acceso carnal violento o violación del § 177 del CP alemán.

de plazos, salvo, cuando la situación económica se lo impida a la mujer embarazada, atendiendo la situación económica de la mujer. De modo que, la práctica del aborto no está cubierta por el sistema de salud alemán, excepto para mujeres con escasos recursos económicos.⁷⁴⁷

c) La interrupción voluntaria del embarazo sin dictamen médico preceptivo o con un dictamen médico incorrecto

El § 218b del CP alemán eleva a la categoría de delito tanto la práctica de la interrupción del embarazo sin el dictamen médico respectivo o el hecho de realizar un dictamen médico incorrecto al saber profesional, siempre y cuando se trate de los supuestos de aborto indicado del § 218a, inciso 1, apartados 2 o 3 (indicación terapéutica o criminológica).

El inciso 1 del § 218b, impone, por una parte la pena privativa de la libertad de hasta un año, o multa, cuando el hecho no está castigado en el § 218, en los casos en que no existe el dictamen respectivo (escrito por un médico distinto del que efectúe la interrupción del embarazo), y cuando se dan los presupuestos relativos a alguna de las indicaciones del § 218a, inciso 1, apartados 2 o 3; y por otra parte, castiga con la pena privativa de la libertad de hasta 2 años, o multa, cuando el hecho no está castigado en el § 218, a quien como médico efectúa un dictamen incorrecto o contrario a su propio saber.

El inciso 2 de este precepto, establece que un médico no debe efectuar dictámenes, según el § 218a, inciso 1, apartados 2 o 3, cuando la entidad competente se lo haya prohibido, por haber cometido un hecho antijurídico según el inciso 1, o según los §§ 218, 219a o 219b, o a causa de otro hecho antijurídico que él hubiera cometido en relación con una interrupción de embarazo y hubiera sido condenado legalmente. Se prevé también la prohibición provisional para efectuar dictámenes según el § 218a, inciso 1, apartados 2 y 3, cuando contra él se haya abierto el juicio principal (Hauptverfahren) a causa de una sospecha de uno de los hechos antijurídicos descritos anteriormente.

La embarazada no será castigada en ninguno de los dos casos descritos en los incisos 1 y 2 de este precepto.

747

Véase Bundesgesetzblatt 1995 Teil I Seite 1055.

d) El incumplimiento del deber médico en los casos de la interrupción del embarazo

El § 218c del CP alemán castiga el incumplimiento del deber médico en los casos de la interrupción del embarazo. Este precepto castiga al médico que realiza una interrupción del embarazo, sin dar a la mujer la oportunidad de que le exprese las razones de su decisión de interrumpirlo; sin haber aconsejado médicamente a la mujer embarazada sobre el significado de la intervención, especialmente sobre el desarrollo, las consecuencias, los riesgos y los posibles efectos psicológicos; y, sin haberse cerciorado previamente, en los casos del § 218a incisos 1 y 3, de la duración del embarazo. En cualquier caso, se impondrá la pena privativa de libertad de hasta un año, o multa, cuando el hecho no esté amenazado con pena en el § 218, incluso cuando el médico haya aconsejado a la mujer en el caso del § 218a, inciso 1, según el § 219.

Según el inciso 2 de este precepto, la mujer embarazada no será castigada al tenor del inciso 1 antes descrito.

e) El asesoramiento previo

El § 219 del CP alemán regula el asesoramiento previo al que se debe someterse obligatoriamente en Alemania la mujer embarazada en situación de necesidad y conflicto que pretenda interrumpir su embarazo voluntariamente.⁷⁴⁸

El inciso 1 establece que la asesoría sirve para la protección de la vida prenatal, debiendo estar orientada por el empeño de animar a la mujer para continuar con el embarazo y abrirlle perspectivas para una vida con el niño, debiendo contribuir a que la mujer tome una decisión responsable y concienzuda.

Asimismo, considera que la mujer debe ser consciente de que el que no ha nacido tiene en cada estadio del embarazo, también frente a ella, un derecho propio a la vida y

⁷⁴⁸

En concreto dice el § 219 del CP alemán: "El asesoramiento está al servicio de la protección de la vida intrauterina. Debe orientarse a animar a la mujer a continuar con el embarazo y abrirlle nuevas perspectivas de una vida con su hijo: debe ayudarla a tomar una decisión responsable y consciente. Para ello, la mujer debe adquirir conciencia de que, incluso frente a ella, el no nacido tiene un derecho propio a la vida durante todas las etapas de la gestación, v. consecuentemente, que una interrupción del embarazo sólo entra en consideración para el ordenamiento jurídico en situaciones excepcionales en las que la aceptación del hijo suponga un peso tan grave y excepcional que superar el límite de lo exigible. Mediante el consejo y la ayuda, el asesoramiento ha de contribuir a que la mujer supere la situación de conflicto asociada al embarazo y remedie la situación de necesidad." Redacción conforme a la Ley de asistencia a la familia y a la embarazada revisada a 25 de agosto de 1995.

que por eso, según el ordenamiento jurídico, una interrupción del embarazo sólo se toma en consideración ante una situación excepcional de conflicto, cuando para la mujer la gestación del niño resulta una carga tan difícil y extraordinaria, que sobrepase el límite exigible de sacrificio.

En consecuencia, dispone que la asesoría pretenda contribuir por medio del consejo y de la asistencia, a superar esa relación conflictiva existente en torno con el embarazo y a eliminar la situación de necesidad.

El propósito del modelo alemán de proteger de manera efectiva la vida del *nasciturus* mediante el asesoramiento previo hace que esta Ley tenga la precaución de cuidar todos los detalles del asesoramiento, precisando su contenido y eficacia y determinando importantes medidas de política social y económica dirigidas a facilitar la vida de las mujeres con hijos para intentar así que la mujer se decida por la continuidad del embarazo. Este inciso señala la Ley de conflictos del embarazo, de 27 de julio de 1992 (Schwangerschaftskonfliktgesetz), como reguladora de mayores detalles sobre el asesoramiento previo.⁷⁴⁹

El inciso 2 del mismo § 219 del CP alemán, conviene que la asesoría debe efectuarse de acuerdo con la Ley de conflictos del embarazo (Schwangerschaftskonfliktgesetz) a través de una entidad asesora reconocida con base en dicha Ley. Dispone así que las entidades asesoras deben expedir a la mujer embarazada, al término de la asesoría, una certificación que contenga la fecha de la última entrevista de asesoría y su nombre completo, de manera que el médico que finalmente efectúe la interrupción del embarazo no pueda haber sido consejero durante la asesoría previa.⁷⁵⁰

f) La publicidad de la práctica de la interrupción del embarazo con fines lucrativos

El § 219a del CP alemán, castiga la publicidad de la interrupción del embarazo con fines lucrativos.

⁷⁴⁹ El texto completo de la Ley sobre la prevención y gestión de conflictos en el embarazo se puede consultar en <https://www.gesetze-im-internet.de/beratungsg/BJNR113980992.html>.

⁷⁵⁰ Referente a los centros de asesoramiento véanse los §§ 3 y 4 de la Ley de conflictos del embarazo (Schwangerschaftskonfliktgesetz).

El inciso 1 de este precepto, castiga a quién públicamente, en una reunión o por medio de la divulgación de publicaciones y con fines económicos, o de otra forma notoriamente chocante, ofrezca, anuncie o dé a conocer servicios propios o ajenos, para la práctica o promoción de una interrupción del embarazo, o bien, publicite de la misma forma, medios, objetos o procedimientos que sean apropiados para la interrupción del embarazo, bajo indicación de esa idoneidad. En dichos casos se establece la pena privativa de la libertad de hasta 2 años o multa.

Por disposición expresa del inciso 2, no será de aplicación el anterior inciso 1, apartado 1, a los médicos o entidades de asesoría que, con base en la ley, informen que son médicos, hospitales o instalaciones autorizados para la práctica de la interrupción del embarazo a efectos de los presupuestos del § 218a, incisos 1 a 3.

Del mismo modo, el inciso 3 dispone que, no será de aplicación el anterior inciso 1, apartado 2, cuando el hecho se cometa frente a médicos o personas, que están autorizadas a actuar con los medios o instrumentos mencionados en dicho inciso, o cuando se trata de la publicación en revistas especializadas médicas o farmacéuticas.

g) La puesta en circulación de medios para interrumpir el embarazo

El § 219h del CP alemán regula la puesta en circulación de medios para interrumpir el embarazo.

En primer lugar (inciso 1), se castiga con pena privativa de la libertad de hasta 2 años o multa, a quien con la intención de promover hechos antijurídicos según el § 218, ponga en circulación medios u objetos que son apropiados para la interrupción del embarazo.

Según el inciso 2 de este precepto, la participación de la mujer que prepara la interrupción de su embarazo, no es punible según el inciso 1.⁷⁵¹

1.4. Conclusiones sobre la regulación jurídica del aborto en Alemania

Alemania ha sido uno de los países precursores de la Europa Occidental en advertir los derechos constitucionales de las mujeres en torno a la interrupción voluntaria de su

⁷⁵¹

Según el inciso 3 de este precepto, los medios u objetos a los que se refiere este precepto podrían ser confiscados.

propio embarazo, sirviendo de precedente para muchos países que han abordado posteriormente la despenalización del aborto, como por ejemplo España y más recientemente Colombia. De ahí que, como hemos visto en su momento, la jurisprudencia constitucional alemana ha tenido gran repercusión en la jurisprudencia constitucional española, propiamente en la STC 53/1985, que se pronunciaba sobre la constitucionalidad del sistema de indicaciones del art. 417 bis del CP, sin que pueda descartarse que también la tenga sobre la sentencia que resuelva el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la vigente LO 2/2010, aún pendiente de resolución por el TC español.

El legislador alemán se ha mostrado siempre generoso a la hora de regular el aborto, siendo el TC de este país el que continuamente ha venido acabando con su esplendor declarando la inconstitucionalidad de sus leyes. Así lo revela la evolución de la regulación legal del aborto en Alemania y las consecuentes declaraciones de inconstitucionalidad vertidas por el TC alemán sobre las leyes que han despenalizado el aborto durante su historia legislativa. Cabe resonar que el aborto fue legalizado por primera vez en la República Democrática alemana en 1972, a través de un sistema de plazos donde se podía abortar legalmente a petición de la mujer y hasta las 12 semanas de embarazo. Igual de generoso se mostró el legislador de la República Federal alemana en 1974, no obstante, su Ley era declarada inconstitucional más tarde por el TC alemán mediante Sentencia BVerfGE 39, 1, de 25 de febrero de 1975. Aún así, el legislador volvió a despenalizar la interrupción del embarazo en 1976 a partir de un sistema amplio de indicaciones (indicación terapéutica, ética, embriopática y “estado general de necesidad”, dentro de las 12 primeras semanas de gestación). En 1992, con la reunificación alemana, se promulgaba una ley única para toda Alemania que combinaba el sistema amplio de indicaciones de la Alemania Federal y un novedoso sistema de plazos con asesoramiento. Pero nuevamente, el TC alemán declaraba inconstitucional esta Ley, mediante la Sentencia BVerfGE 88, 203, de 28 de mayo de 1993.

En consecuencia, se puede concluir que la actual regulación del aborto en Alemania es fruto de varias reformas legislativas sobre las que el Tribunal Constitucional alemán ha ejercido una influencia determinante. Dicho de otro modo, la legislación alemana en materia de aborto ha sido siempre determinada por la jurisprudencia constitucional de este país.

En atención a lo anterior, y teniendo en cuenta el contenido de las Leyes y las Sentencias alemanas sobre el aborto estudiadas precedentemente, cabe concluir que lo

que ha venido haciendo el TC alemán es legislar, como si de un legislador positivo se tratara pero sin ser competente para ello, puesto que la legitimidad democrática para legislar le corresponde al legislador por imperativo constitucional. Dicho de otra manera, el TC alemán ha venido supeditando la función legisladora a la judicial, sin tener en cuenta que las normas jurídicas las crea el legislador y el juez estrictamente se debe centrar en resolver los problemas sociales que se generan en torno a esas normas, o bien a aplicar las mismas, sin entrar a determinar su alcance interpretativo, pues su función no es legislativa sino meramente judicial.

2. La regulación del aborto en el Reino Unido

La regulación del aborto no es igual en todos los territorios que constituyen el Reino Unido. Inglaterra, Gales y Escocia comparten la misma legislación, mientras que Irlanda del Norte se rige por leyes más antiguas y prohibitivas.

2.1. La regulación del aborto en Gran Bretaña

En Gran Bretaña (Inglaterra, Gales y Escocia) el aborto voluntario está regulado por la Ley del Aborto de 1967 (Abortion Act 1967),⁷⁵² que despenalizó parcialmente la interrupción voluntaria del embarazo mediante un sistema de indicaciones, acordando la práctica del aborto a través del Servicio Nacional de Salud.

La Abortion Act de 1967 es una Ley del Parlamento del Reino Unido, no obstante, sólo rige para Inglaterra, Gales y Escocia y no así para Irlanda del Norte. Se aprueba el 27 de octubre de 1967 y entra en vigor el 27 de abril de 1968, estando aún vigente a efectos de dichos países.⁷⁵³

⁷⁵² Abortion Act 1967 (1967 c. 87). Cfr. el artículo 1, relativo a la "Medical termination of pregnancy", Ley disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/87/section/1>.

⁷⁵³ Antes de la entrada en vigor de la Ley del aborto de 1967, la regulación del aborto en Gran Bretaña residía en la Ley de Delitos contra las personas de 1861 y en la Ley de vida infantil (preservación) de 1929. Sin embargo, a partir de 1930 las condiciones del aborto en determinadas circunstancias comenzaron a cambiar en virtud de la jurisprudencia. Véase al respecto GARCÍA OLIVA Y CRAMMER, Objeción de conciencia al aborto en el Reino Unido, RGDCDEE, núm. 23, 2010, 9 y sig.

Inicialmente, esta Ley despenalizaba el aborto en ciertos supuestos (indicaciones) durante las primeras 28 semanas de gestación.⁷⁵⁴ Sin embargo, a partir de la Ley sobre Fertilización Humana y Embriología de 1990 (Human Fertilisation and Embryology Act 1990),⁷⁵⁵ se redujo este cómputo hasta las 24 semanas de embarazo.⁷⁵⁶ Del mismo modo, se eliminaron las restricciones de abortos tardíos (a partir de las 24 semanas) en los casos de riesgo grave. Posiblemente, la reducción del plazo de 28 a 24 semanas es una consecuencia de los estudios médicos sobre adquisición de la viabilidad fetal alrededor de ese momento. Además, sin lugar a dudas, el no limitar a 24 semanas de gestación el aborto en los casos de riesgo grave, en la práctica hace que los médicos cuenten con un elevado grado de flexibilidad en relación con las mujeres que quieren abortar en supuestos de riesgo grave.

La Ley del Aborto de 1967, enmendada por la Ley sobre Fertilización Humana y Embriología de 1990, autoriza la interrupción voluntaria del embarazo cuando es necesaria para salvar la vida de la mujer embarazada; para evitar lesiones graves permanentes a la integridad física o a la salud mental de la mujer; cuando el embrión o feto probablemente puede verse afectado por una discapacidad física o mental importante (riesgo considerable de que el niño nazca con anomalías, daños físicos o mentales que supongan una seria discapacidad o minusvalía); y hasta las 24 semanas de gestación, para evitar daños a la salud física o mental de la mujer.

Igualmente, esta Ley declara el aborto como una prestación médica incluida en el Servicio Nacional de Salud de Gran Bretaña, delegando su práctica en el personal sanitario del sistema público de salud.

Esta Ley requiere un certificado firmado por dos médicos, que certifique la concurrencia de alguna de las indicaciones permitidas.

Finalmente, esta Ley regula el derecho a la objeción de conciencia. De manera generosa, establece que ninguna persona tendrá el deber, ni por contrato, ni por ley, ni

⁷⁵⁴ En el momento de su aprobación esta Ley era una de las más liberales en la materia en Europa.

⁷⁵⁵ (1990 c. 37).

⁷⁵⁶ En mayo de 2008 los parlamentarios británicos intentaron reducir aún más este cómputo, hasta las 20 o 22 semanas de gestación. Sin embargo, finalmente el intento terminó fracasando, acordándose mantener las 24 semanas actuales.

por cualquier otro requerimiento legal, a participar en ningún tratamiento autorizado por esta Ley respecto al cual muestre objeción de conciencia, empero, a condición de que en cualquier procedimiento legal la carga de la prueba recaiga sobre la persona del objetor.

757

2.2. El marco jurídico actual del aborto en Irlanda del Norte

Como es sabido, la Ley del aborto de 1967 que despenaliza la interrupción del embarazo en ciertos casos (indicaciones), a pesar de ser una Ley del Parlamento del Reino Unido sólo se aplica en Gran Bretaña y no así en Irlanda del Norte. Dicha excepción se recoge en la sección 7.3 de dicha Ley.⁷⁵⁸

En atención a lo anterior, en Irlanda del Norte el aborto sigue siendo ilegal y continúan vigentes la Ley de Delitos contra las personas de 1861 (Offences Against the Person Act 1861)⁷⁵⁹ y la Ley de justicia penal de 1945.⁷⁶⁰

La Ley de Delitos contra las personas de 1861 (Offences Against the Person Act 1861) es la base de la regulación del aborto en este país. Prohíbe de manera absoluta el aborto en sus artículos 58 y 59: el art. 58 castiga a *“toda mujer embarazada que, al objeto de provocar un aborto, se administre ilícitamente una sustancia tóxica o cualquier otra sustancia nociva, o utilice ilícitamente un instrumento o cualquier otro medio con este mismo propósito, y todo aquel que, ilícitamente y al objeto de provocar un aborto en una mujer, embarazada o no, le administre o le induzca a tomar una sustancia tóxica u otra sustancia nociva, o utilice ilícitamente un instrumento o cualquier otro medio con este mismo propósito, cometerán un delito que, en caso de condena, se sancionará con la cadena perpetua”*; y el art. 59, castiga a *“todo aquel que proporcione o procure ilegalmente una sustancia nociva o cualquier instrumento o cualquier otro medio,*

757

Sobre los términos propios de la regulación del aborto en la Ley del aborto de 1967 y el derecho a la objeción de conciencia véase detenidamente CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 157 y sigs.

758

Expone la Sección 7.3 de dicha Ley: *“La presente Ley no se aplica a Irlanda del Norte.”*

759

La Offences Against the Person Act 1861 (24 y 25 Vict c 100) es una Ley del Parlamento de Reino Unido (de Gran Bretaña e Irlanda). Esta Ley sistematizó el aborto en el Reino Unido hasta la entrada en vigor del sistema de indicaciones de la Ley del aborto de 1967 en Gran Bretaña. Disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/24-25/100#pb7-l1g52>.

760

La Ley de justicia penal de 1945 es una Ley propia del Parlamento de Irlanda del Norte.

sabiéndolos destinados a servir ilícitamente para provocar el aborto de una mujer, embarazada o no”.

Irlanda del Norte impone la pena más severa de toda Europa por abortar: cadena perpetua, tanto para la mujer que se someta a un aborto ilegal como a cualquier persona que le preste ayuda. La condena se aplica incluso cuando el embarazo es consecuencia de un delito de violación o incesto, o bien en casos de malformación fetal. En atención a lo anterior, Amnistía Internacional advierte que leyes tan restrictivas como las norirlandesas suponen una violación flagrante de las obligaciones internacionales de derechos humanos que incumben a Reino Unido.⁷⁶¹

La Sección 25 de la Ley de Justicia Penal de 1945 complementa la regulación del aborto de Irlanda del Norte, mediante la creación del delito de “Child destruction”.⁷⁶² Dicha sección dispone textualmente: *“(1) Sin perjuicio de lo indicado más adelante en este apartado, cualquier persona que, con la intención de destruir la vida de un niño entonces capaz de ser nacido vivo, por cualquier acto intencional le causa la muerte antes de que tenga una existencia independiente de su madre, será culpable de delito grave, a saber, de la destrucción del niño, y estará sujeto, en sentencia condenatoria, a trabajos forzados a perpetuidad: a condición de que, ninguna persona podrá ser declarada culpable de un delito previsto en esta sección, a menos que se pruebe que el acto que causó la muerte del niño no se hizo de buena fe y solamente con el propósito de preservar la vida de la madre. (2) A los efectos de esta y la siguiente sección, la evidencia de que una mujer al momento de los hechos está embarazada de veintiocho semanas o más, será prueba prima facie de que en ese momento estaba embarazada de un niño capaz de haber nacido con vida.”*^{763 764}

⁷⁶¹

Cfr. Informe de Amnistía Internacional titulado “Northern Ireland barriers to accessing abortion services”, de fecha 27 de febrero de 2015, disponible en <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI.exe?CMD=VERDOC&BASE=SIAI&SORT=-tdoc.-FPUB&DOCR=10&RNG=10&SEPARADOR=&&ENLA=MUJERES>.

⁷⁶²

En el Reino Unido se utiliza el término “Child destruction” (en materia de delitos) para hacer referencia al crimen de matar a un feto no nacido, pero viable: o bien, matar a un niño capaz de nacer vivo, antes de que tenga una existencia separada del claustro materno, en inglés dicese “child destruction is the crime of killing an unborn but viable foetus; that is, a child capable of being born alive, before it has a separate existence”.

⁷⁶³

Se aprobó así para Irlanda del Norte, una disposición similar al “Punishment for child destruction” contenida en el art. 1 de la Ley de vida infantil (Preservación) de 1929, propia de Inglaterra y Gales: “1. Punishment for child

La prohibición absoluta del aborto en Irlanda del Norte recogida en las Leyes expuestas ha sido objeto de interpretación judicial, hasta llegar a desarrollarse jurisprudencialmente el aborto no punible cuando sea necesario para preservar la vida de la mujer o cuando exista riesgo real y grave para la salud física o mental de la madre, sea a largo plazo o de forma permanente.⁷⁶⁵

La principal sentencia que vino a moderar la prohibición absoluta del aborto en este país es la Sentencia del caso *Rex*⁷⁶⁶ contra *Bourne*⁷⁶⁷ de 1939. Al acusado Bourne se le imputaba el grave delito de aborto del art. 58 de la Ley de Delitos contra las personas de 1861. Bourne era un cirujano cualificado que había ejecutado abiertamente un aborto en uno de los grandes hospitales de Londres, contando con el consentimiento de los padres de la menor embarazada de casi 15 años de edad, quien había resultado encinta a partir de un delito de violación. Lord J. Macnaghten, en su resumen para el jurado, declaró que Bourne había realizado el aborto como un acto de caridad, sin pago o recompensa, y sin duda, creyendo que estaba haciendo lo correcto, y que debía hacerlo como miembro de una profesión dedicada al alivio del sufrimiento humano. Además, el Lord precisó que la carga de la prueba correspondía a la Corona (*Rex*), quien debía acreditar, más allá de

destruction. (1) Subject as hereinafter in this subsection provided, any person who, with intent to destroy the life of a child capable of being born alive, by any willful act causes a child to die before it has an existence independent of its mother, shall be guilty of felony, to wit, of child destruction, and shall be liable on conviction thereof on indictment to penal servitude for life: Provided that no person shall be found guilty of an offence under this section unless it is proved that the act which caused the death of the child was not done in good faith for the purpose only of preserving the life of the mother. (2) For the purposes of this Act, evidence that a woman had at any material time been pregnant for a period of twenty-eight weeks or more shall be *prima facie* proof that she was at that time pregnant of a child capable of being born alive.“

764

GARCÍA OLIVA Y CRAMMER señalan que esta sección resulta confusa, porque por una parte hace referencia a la intención o propósito de destruir la vida de un feto capaz de nacer vivo, y por otra parte acepta la presunción de que un feto es capaz de nacer vivo cuando la mujer se encuentra embarazada de veintiocho semanas o más, de modo que los médicos en Irlanda del Norte deben usar su criterio profesional hasta las 27 semanas de gestación. En este sentido GARCÍA OLIVA Y CRAMMER, Objeción de conciencia al aborto en el Reino Unido, RGDCDEE, núm. 23, 2010, 13.

765

Es importante precisar que Irlanda del Norte tiene su propio sistema de justicia dentro del Reino Unido, no obstante, ciertos casos pueden ser escuchados en última instancia ante la Suprema Corte de Reino Unido (la Casa o Cámara de los Lores antes de octubre de 2009), siendo el máximo órgano de alzada en causas civiles y penales para Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte.

766

Rex proviene del latín Rey y en este caso se refiere a la Corona.

767

[1939] 1 KB 687.

toda duda razonable, que el acusado no practicó el aborto de la joven de buena fe y con el único propósito de preservar su propia vida. Así que, la excepción del art. 1 de la Ley de vida infantil (Preservación) de 1929, relativa al aborto realizado de buena fe con el único propósito de preservar la vida de la madre, debía ser interpretada en un sentido razonable y, si el médico es de la opinión, por motivos razonables y con un conocimiento adecuado, de que la consecuencia probable de la continuación del embarazo sería causar a la mujer un daño físico o mental, el jurado debería pensar que el médico actuó con el fin de preservar la vida de la madre.⁷⁶⁸ Finalmente Bourne es absuelto, moderándose así el impacto de la expresión “ilegalmente le practicará” del art. 58 de la Ley de delitos contra las personas de 1861, ampliándose así el alcance de la excepción referente al aborto realizado de buena fe, con el único propósito de preservar la vida de la mujer, de la Ley de vida infantil (Preservación) de 1929. Así las cosas, la doctrina de *Rex contra Bourne* continúa aplicándose en la actualidad en Irlanda del Norte.

Por otra parte, la Sentencia del caso *Society for the Protection of Unborn Children, Re Judicial Review*, de 30 de noviembre de 2009,⁷⁶⁹ ordena la retirada de ciertas disposiciones de las Directrices para la terminación del embarazo publicadas por el Departamento de Salud de Irlanda del Norte,⁷⁷⁰ a pesar de considerar que dichas directrices explicaban correctamente la legislación sobre el aborto de Irlanda del Norte. Asimismo, esta Sentencia determina la legalidad del aborto en este país cuando es ineludible para preservar la vida de la mujer o cuando existe un riesgo real y grave de afectar la salud física y mental de la madre, ya sea a largo plazo o de forma permanente.⁷⁷¹ Sin lugar a dudas esta es la cuestión más relevante de esta Sentencia, en tanto despenaliza el aborto terapéutico para preservar la vida y la salud física y mental de la mujer embarazada. En este caso la Sociedad para la protección del niño no nacido

⁷⁶⁸ Véase la recapitulación de Lord J. Macnaghten para el jurado, disponible en <https://msu.edu/user/schwenkl/abtrbng/rvbourne.htm>.

⁷⁶⁹ [2009] NIQB 92, disponible en <http://www.bailii.org/nie/cases/NIHC/QB/2009/92.html>.

⁷⁷⁰ Directrices para la terminación del embarazo: Ley y práctica clínica en Irlanda del Norte.

⁷⁷¹ Una explicación detallada sobre ambas Sentencias puede verse en GARCÍA OLIVA Y CRAMMER, *Objeción de conciencia al aborto en el Reino Unido*, RGDCDEE, núm. 23, 2010, 15 y sigs.

(SPUC)⁷⁷² fue quien solicitó la revisión judicial (orden de *certiorari*)⁷⁷³ de las directrices antes dichas, al considerarlas ilegales por diversos motivos.⁷⁷⁴

A partir de la doctrina de Bourne, en los últimos años se ha creado en Irlanda del Norte una jurisprudencia generosa en la valoración de las circunstancias que afectan a la salud de una mujer que se ve forzada a llevar su embarazo a término en contra de su voluntad.

La Sentencia del caso Northern Health and Social Services Board contra F y G⁷⁷⁵ de 1993 (“caso K”), determina que el aborto era la mejor opción en interés de la menor embarazada K, una niña de 14 años que vivía en un hogar de acogida y amenazaba con suicidarse después de haber tratado de inducirse el aborto ella misma.⁷⁷⁶

En 1994, la Sentencia del caso Northern Health and Social Services Board contra A & Ors⁷⁷⁷ (donde Board solicitó la declaración de ilicitud del aborto de una mujer con discapacidad mental grave y 10 semanas de embarazo) considera que la expresión “con el único propósito de preservar la vida de la madre” del art. 25, inciso (1) de la Ley de justicia penal de 1945, no se refiere sólo a situaciones de peligro para la vida, sino que en este contexto la vida se concibe como la salud mental y física o el bienestar de la madre, y

⁷⁷² Se trata de una asociación de Irlanda del Norte que se opone al aborto legal.

⁷⁷³ “Orden de certiorari” es un término antiguo del Common law. Se refiere a un recurso que busca la revisión judicial. Este término aún se utiliza en Irlanda del Norte, sin embargo en Inglaterra y Gales actualmente se usa el término “quashing order”.

⁷⁷⁴ Esta demanda fue consecuencia de una decisión judicial ([2004] NICA 39 de 08 de octubre de 2004) emitida en el caso de la Asociación de Planificación Familiar de Irlanda del Norte contra el Ministerio de Salud, Servicios Sociales y Seguridad Pública, en donde la Corte de Apelación consideró que el Ministerio incumplió su deber de investigar si los servicios de terminación del embarazo en Irlanda del Norte eran adecuados. Como consecuencia de esta decisión, el Departamento de Salud emitió las Directrices objeto de esta Sentencia.

⁷⁷⁵ [1993] NI 268.

⁷⁷⁶ A pesar de autorizarse el aborto de K en esta Sentencia, ningún profesional sanitario competente quiso realizarlo dada la objeción de la madre y la incertidumbre de la legislación del aborto de Irlanda del Norte. De modo que K viajó finalmente a Liverpool para abortar. Un asunto muy parecido fue el de la Sentencia del caso Re CH ([1995] NI Alto Ct (no declarada: la información de la sentencia de Nicholson en LJ [2004] NICA 39), en el que una menor de 16 años, sometida a tutela judicial, declaró su deseo de abortar, amenazando con suicidarse si se le obligaba a continuar con el embarazo. En este caso, el juez Sheil, sobre la base de las pruebas médicas, declaró que sería lícita la terminación de dicho embarazo.

⁷⁷⁷ [1994] NIJB 1.

por tanto, la actuación del médico es legal cuando la continuación del embarazo puede afectar negativamente a la salud física o mental de la madre; añadiendo que este efecto adverso debe ser real y serio, y que siempre será una cuestión de hecho y de grado la determinación de si el efecto percibido de la no interrupción del embarazo es suficientemente grave como para justificar el aborto del niño no nacido.

La Sentencia del caso *Western Health and Social Services Board contra CMB y the Official Solicitor de 1995*⁷⁷⁸ ("caso S"), decide que el interés superior de la menor embarazada S es la interrupción de su embarazo. La menor tenía 17 años, estaba embarazada de 12 semanas y padecía una incapacidad mental, habiéndose comprobado mediante los informes de un ginecólogo y dos psiquiatras que con la continuación del embarazo la niña sufriría gravemente, existiendo altas probabilidades de que sufriera una crisis mental.⁷⁷⁹

A pesar de las anteriores consideraciones jurisprudenciales, las mujeres en Irlanda del Norte sufren a menudo dificultades para acceder al aborto y optar por una interrupción del embarazo segura, viéndose obligadas en muchos casos a viajar a Inglaterra para abortar.⁷⁸⁰

Al mismo tiempo, la falta de acción política para despenalizar el aborto en este país, desatiende la lucha por la reforma de la legislación del aborto de Irlanda del Norte que realizan formaciones como el movimiento abortista de Irlanda del Norte y la Asociación de Planificación Familiar de Irlanda del Norte.⁷⁸¹ Seguramente esta postura política de

⁷⁷⁸ [1995] NI Alto Ct (no declarada: la información de la sentencia de Nicholson en LJ [2004] NICA 39).

⁷⁷⁹ Finalmente el aborto se realizó en Irlanda del Norte.

⁷⁸⁰ Según Amnistía Internacional esto se debe a la legislación tan restrictiva, a las penas tan severas y a la falta de orientación del Departamento de Salud, de modo que los profesionales sanitarios temen practicar incluso abortos legales, generándose dificultades para las mujeres que intentan acceder al asesoramiento sobre el aborto o a los servicios relacionados con el mismo en este país, hasta el punto de resultar inaccesible en muchos lugares. Véase el Informe de Amnistía Internacional titulado "Northern Ireland barriers to accessing abortion services", de 27 de febrero de 2015, 15 y sigs. GARCÍA OLIVA Y CRAMMER señalan que en 2008 hubo 6.862 abortos practicados en Gran Bretaña, de los cuales 1.166 (el 17%) fueron a mujeres de Irlanda del Norte. Cfr. GARCÍA OLIVA Y CRAMMER, *Objeción de conciencia al aborto en el Reino Unido*, RGDCDEE, núm. 23, 2010, 13 y sig.

⁷⁸¹ En 1984 la Asamblea de Irlanda del Norte votó en contra de aplicar la Ley de Aborto de 1967 también en este país, y ésta sigue siendo la postura política del Partido Social Demócrata y Laborista (mayoría católico) y del Partido Unionista Democrático y Partido Unionista del Ulster (mayoría protestante).

desinterés por despenalizar el aborto en este país es la razón por la cual en los últimos años la jurisprudencia de Irlanda del Norte ha optado por la generosidad en la interpretación de las circunstancias que pueden afectar la salud de una mujer forzada a llevar su embarazo a término en contra de su voluntad.

3. La regulación del aborto en Irlanda

Durante décadas el aborto en Irlanda fue ilegal incluso cuando estaba en peligro la vida de la madre. La prohibición absoluta del aborto en Irlanda se remonta a la Ley de delitos contra las personas de 1861 (*Offences Against the Person Act 1861*), que como vimos anteriormente, es una Ley del Parlamento del Reino Unido que prohíbe de manera absoluta el aborto en sus artículos 58 y 59, imponiendo las penas más severa de toda Europa por abortar (cadena perpetua en cualquier caso tanto para la mujer como para un tercero que le preste ayuda).

En Irlanda, la prohibición absoluta del aborto se reafirmaba por el art. 10 de la Ley de Salud (Planificación Familiar) de 1979 (*Health Family Planning Act 1979*),⁷⁸² en tanto disponía que *“nada en esta Ley se interpretará como autorización a: a) maniobras abortivas; b) realización de cualquier acto prohibido en los artículos 58 y 59 de la Ley de los Delitos contra las personas de 1861 (Offences Against the Person Act 1861); c) la venta, importación, fabricación, publicidad o exhibición de abortivos.”*

No obstante, en 1983 la Constitución de Irlanda equipara el derecho a la vida de la madre y del “no nacido”, entendiéndose que el aborto era legal cuando existía peligro para la vida de la madre. Esto, en virtud de la reforma del art. 40.3 de la Constitución, a partir de la Octava Enmienda aprobada en referéndum ese mismo año. Esta reforma introducía el nuevo inciso 3º del art. 40.3, quedando redactado en los siguientes términos: *“El Estado reconoce el derecho a la vida del nasciturus y, teniendo en cuenta el derecho de la madre a la vida, se compromete a respetar este derecho y, en la medida de lo posible, a*

782

A partir de 1935 la anticoncepción estuvo prohibida en Irlanda. No obstante, en 1973 la Corte Suprema de Irlanda declaraba que las parejas casadas eran titulares del derecho a la privacidad, que comprendía la planificación familiar. Tras un intento fallido de ley que legalizara el uso de anticonceptivos en 1974, se aprobaba la Ley de Salud (Planificación Familiar) de 1979 o *Health Family Planning Act 1979*, que venía a permitir que los anticonceptivos estuviesen disponibles, únicamente por prescripción médica, "con el propósito, de buena fe, de la planificación familiar o por razones médicas adecuadas", de modo que los médicos y los farmacéuticos que tuviesen objeciones morales no estarían obligados a escribir o cubrir dichas prescripciones.

defender y a hacer valer este derecho por medio de sus Leyes”. Indudablemente, se trataba de un reconocimiento impreciso, de modo que la interpretación del art. 40.3.3 quedaba sujeta a la valoración de los médicos, con el inconveniente que los mismos normalmente se negaban a interrumpir embarazos, bien por miedo a consecuencias legales, bien por convicciones religiosas.⁷⁸³

La reforma de la Constitución antes citada evidenciaba la necesidad de despenalizar el aborto en Irlanda. Pero como veremos, se necesitaron casi 30 años para que Irlanda finalmente legalizara el aborto en ciertos supuestos en virtud del modelo de las indicaciones.

En 2010, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condena a Irlanda a pagar 15.000 euros en concepto de daños morales a una mujer lituana mediante la Sentencia de la Gran Sala de 16 de diciembre de 2010 (casos A, B y C contra Irlanda). Según esta Sentencia las autoridades irlandesas ignoraron su obligación de garantizarle a esta mujer “el derecho a su vida privada y familiar”, de manera que “ni el asesoramiento médico ni las opciones de litigio” constituyeron “procedimientos efectivos o accesibles” a tales efectos. Se resuelven así las demandas presentadas el 15 de julio de 2005 ante este Tribunal europeo por las ciudadanas irlandesas (A y B) y la ciudadana lituana (C) contra la República de Irlanda, por haberseles prohibido abortar debido a las leyes pro vida de este país, habiéndose visto “obligadas” a ir al extranjero a abortar, poniendo en riesgo su salud.⁷⁸⁴ Las primeras demandantes (A y B) alegaban que la prohibición del aborto por motivos de salud o bienestar vulneraba el art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH).⁷⁸⁵ La tercera demandante

783

Por contra, la nueva Ley irlandesa de Protección de la Vida durante el Embarazo de 2013, establece con más claridad en qué casos se autorizará la interrupción del embarazo cuando la vida de la madre esté en peligro e incluye la controvertida cláusula del suicidio. Así, aunque la nueva Ley no modifica apenas la situación actual del aborto y de los derechos de la madre y del “no nacido” en Irlanda, al menos ofrece algo más de claridad y certeza sobre las circunstancias específicas que permitirán practicar un aborto. Quizá lo más positivo -como recalcó el ministro de Sanidad irlandés James Reilly-, es que la nueva Ley impedirá que vuelvan a ocurrir casos como el de Savita Halappanavar, que se indica a continuación.

784

Se trataba de tres casos diferentes llamados A, B y C para salvaguardar la identidad de las mujeres demandantes.

785

Se refiere al derecho al respeto a la vida privada y familiar: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida

(C) reclamaba la no aplicación del supuesto de impunidad del aborto (“derecho constitucional al aborto”) por riesgo para la vida de la madre.

Esta Sentencia absuelve a Irlanda de los casos A y B y le condena por el caso C.⁷⁸⁶

El Tribunal desestima las demandas de las mujeres A y B, interpretando que de acuerdo con la Convención Europea de Derechos Humanos no existe un “derecho humano al aborto”, dejando claro que el caso de A era excepcional de manera que no sirve para contravenir la legislación pro vida irlandesa, destacando que la prohibición constitucional de abortar en Irlanda no viola dicha Convención. Así, reconoce expresamente la protección del “derecho a la vida del no nacido”, tal y como se lleva a cabo en la legislación irlandesa, basada, según afirma la Sentencia, “en la profunda visión moral del pueblo de Irlanda respecto a la naturaleza de la vida”. Al mismo tiempo, reconoce que la imposibilidad de abortar por razones de salud es una injerencia al Derecho al respeto de la vida privada, reflexionando que existe una finalidad legítima que vincula a la protección moral, que en Irlanda es la protección del derecho a la vida del *nasciturus*, de manera que el TEDH debía ponderar el Derecho al respeto de la vida privada del art. 8 del CEDH y la necesidad de protección de la vida del *nasciturus*. Afirmaba que los datos estadísticos no pueden descartar que la prohibición pueda servir para evitar abortos, de modo que las mujeres en Irlanda pueden ir al extranjero a abortar y obtener a ese respecto información y atención médica adecuada en Irlanda. En conclusión, entiende que Irlanda no ha excedido el margen de apreciación de que goza en la materia en el caso de A y B.⁷⁸⁷

que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

⁷⁸⁶

En lo que respecta al estudio de esta Sentencia, véase el análisis que ofrece CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 161 y sigs. Asimismo, consúltese MENA PARRAS, ADH, núm. 8, 2012, 115-124.

⁷⁸⁷

El Tribunal estima que, respecto a la legislación sobre el aborto, los países europeos gozan de “un amplio margen de apreciación”, ya que no hay “un consenso jurídico sobre la definición científica y jurídica del comienzo de la vida”, de manera que corresponde a cada país establecer la legislación al respecto. Asimismo considera el Tribunal que aunque la prohibición del aborto sea una interferencia en la vida privada, la interferencia está justificada, “por la finalidad legítima de proteger la moral pública tal como se entiende en Irlanda”

En lo que respecta a la recurrente C, la Sentencia reconoció que *“las autoridades fallaron en el cumplimiento de su obligación de asegurar el respeto a su vida privada al carecer de una legislación de desarrollo o régimen regulatorio que contemplase un procedimiento accesible y eficaz con arreglo al cual la tercera recurrente pudiera ser calificada para un aborto legal en Irlanda de acuerdo con el Artículo 40.3.3 de la Constitución, existiendo una violación del art. 8 del CEDH.”*⁷⁸⁸ De modo que existía una discordancia flagrante entre el derecho a abortar cuando existe riesgo para la vida la madre y la realidad de la aplicación de ese derecho. La recurrente C estaba en tratamiento por cáncer, habiendo sido sometida a pruebas incompatibles con un embarazo cuando aún no conocía su estado. Temiendo una recaída en su salud y que el feto hubiera sufrido daños, finalmente optó por abortar en el extranjero. Al respecto dice la Sentencia: *“Estaba confusa y preocupada por los riesgos para su salud y su vida y para el feto si continuaba con el embarazo y reclamó que no pudo obtener un consejo claro. Por ello decidió abortar en Gran Bretaña.”*⁷⁸⁹

Indiscutiblemente la STEDH recién expuesta demostró aún más la necesidad de despenalizar el aborto en Irlanda. Sin embargo, no fue sino hasta octubre de 2012 cuando esta necesidad tomaba carácter urgente a raíz del polémico caso de Savita Halappanavar. Savita fue una mujer irlandesa de origen indio, de profesión dentista, que falleció el 28 de octubre de 2012 a los 31 años mientras estaba embarazada de 17 semanas, después de que los médicos que la atendían se negaran a practicarle un aborto. El Gobierno de Irlanda y el Hospital Universitario de Galway determinaron que la embarazada murió a consecuencia de una septicemia, pero un estudio publicado en octubre de 2013 consideró que el motivo de la muerte fueron diversos errores debidos a una mala gestión médica. Este caso resultó especialmente controvertido porque Savita había acudido de urgencia al hospital el 20 de octubre de 2012 (8 días antes de su muerte) y a pesar de que los médicos le dijeron que el cuello del útero estaba completamente dilatado, que perdía líquido amniótico y que, por desgracia, el bebé no podría sobrevivir, le negaron el aborto basándose en que el mismo no podían realizarlo mientras el corazón del feto latiera. El

788

La fundamental queja de la tercera recurrente era “la falta de procedimientos accesibles y eficaces en Irlanda para permitirle establecer su cualificación para llevar a cabo un aborto legal en Irlanda (de conformidad con la aplicación del Artículo 40.3.3 de la Constitución)”. El art. 8 de la CEDH se refiere al derecho al respeto a la vida privada.

789

Disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"display": "\[0\]","dmdocnumber": "\[878721\]"}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), consultada por última vez el 30 de noviembre de 2015.

marido de Savita aseguraba que era evidente que ella estaba en peligro de muerte desde que acudieron de urgencia al hospital. Y ahí está el punto clave de este caso: si el feto no puede sobrevivir, ¿no debería entonces haberse dado prioridad a la salud de la madre? No obstante, ante la ambigüedad de la ley que regía en aquel momento en Irlanda, los médicos optaron por dejar que el feto muriera antes de proceder a un parto forzado, pese a que la salud de la madre empeoró. Pasaron los días y Savita estaba cada día peor, pero insistían en que debían esperar a que el corazón del feto dejara de latir. Cuando finalmente el corazón del feto dejó de latir y por fin abrieron la matriz de Savita ella estaba muy enferma, horas más tarde entró en estado crítico y poco después falleció.

Un año más tarde se promulgaba la primera ley irlandesa del aborto, la Ley de Protección de la Vida durante el Embarazo,⁷⁹⁰ que legaliza el aborto cuando la vida de la madre corre peligro "real y sustancial", incluida la amenaza de suicidio. En casos no considerados "de urgencia" el aborto se practica en unidades de ginecología del servicio público de salud, después de que dos médicos certifiquen que existe un "riesgo sustancial y real" para la vida de la madre. Si se trata de una emergencia, un solo médico podrá decidir si es necesario practicar un aborto para salvar la vida de la embarazada. Respecto a la cláusula del suicidio, esta Ley establece que un comité de tres expertos, compuesto por dos psiquiatras y un obstétrico, deberá evaluar el estado de salud físico y mental de la madre, de modo que si los expertos dan luz verde, será la madre la que decida seguir adelante con el aborto, en caso contrario, ella podrá apelar la decisión ante otra instancia médica compuesta por otros tres especialistas.

En definitiva, se puede ultimar que la presión ejercida por el TEDH en el caso antes referido (STEDH de 16 de noviembre de 2010) influye sutilmente en la despenalización del aborto, pues la condena a Irlanda allí recogida exige que en un país europeo, que afirma ser una democracia occidental liberal, respete los derechos humanos de las mujeres.

Del mismo modo, cabe concluir que la actual Ley del aborto irlandesa verdaderamente surge a raíz de la influencia de la realidad social en el cambio despenalizador. Si bien la despenalización del aborto en Irlanda resultaba necesaria desde hacía muchos años, el legislador irlandés no despenaliza el aborto hasta acontecer la muerte de Savita, en tanto su caso adquirió una fuerte repercusión social en este país.

⁷⁹⁰ Esta Ley entraba en vigor el 1 de enero de 2014.

Por ende, es innegable deducir la tendencia del legislador irlandés a responder despenalizando el aborto ante un caso sangrante y cruel, donde una vez más la prohibición del aborto supuso el sacrificio de la vida de una mujer.

4. La regulación del aborto en Portugal

En Portugal se despenalizaba parcialmente el aborto por primera vez en 1984, mediante el sistema de indicaciones recogido en la Ley 6/1984 de 11 de mayo, de exclusión de la ilicitud de la interrupción del embarazo en algunos casos.⁷⁹¹ El art. 1 de esta Ley sistematizaba el aborto no punible, dando redacción al art. 140 del CP portugués en los siguientes términos:⁷⁹²

“1.No es punible el aborto efectuado por un médico o bajo su dirección, en establecimiento sanitario público u oficialmente reconocido y con el consentimiento de la mujer embarazada cuando, según los conocimientos y experiencia médica:

a) Constituya el único medio de evitar un peligro de muerte o de grave e irreversible lesión para la salud física o psíquica de la madre.

b) Resulte indicado para evitar un peligro de muerte o lesión grave y duradera a la integridad física o a la salud física o mental de la mujer embarazada, y se realice en las primeras 12 semanas de embarazo.

c) Haya motivos seguros para predecir que el feto sufrirá una enfermedad grave e incurable o malformaciones, y se realice en las primeras 16 semanas de embarazo.

d) Existan indicios serios de que el embarazo es resultado de un delito de violación y se realice en las primeras 12 semanas de embarazo.

⁷⁹¹

Fundamentalmente, el art. 1 de esta Ley daba la redacción de los artículos 139 (aborto punible), 140 (aborto no punible) y 141 (consentimiento de la mujer embarazada sobre la interrupción del embarazo) del CP portugués. Asimismo, el art. 2 castigaba al médico que negligentemente realizaba la interrupción legal del embarazo sin antes obtener los documentos justificativos que verificaban las circunstancias que excluían la ilicitud del aborto. Y el art. 4 regulaba el derecho a la objeción de conciencia de los médicos y otros profesionales de la salud, con respecto de todo acto relativo a la interrupción legal y voluntaria del embarazo. Véase Lei 6/84 de 11 de Maio, Exclussão de ilicitude em alguns casos de interrupção voluntária da gravidez, disponible en <https://dre.tretas.org/dre/34761/lei-6-84-de-11-de-maio>.

⁷⁹²

Decreto-Ley 400/82 de 23 de septiembre.

2. *La verificación de las circunstancias que excluyen la ilicitud del aborto debe constar en certificado médico, escrito y firmado con anterioridad a la intervención abortiva por un médico diferente a aquel que realiza el aborto o bajo cuya dirección se ejecuta el mismo.*

3. *La comprobación del estado a que se refiere el párrafo d) del apartado 1, depende también de la existencia de la participación criminal de la violación.”*

En 1995, el Decreto-Ley 48/95, de 15 de marzo, procedía a revisar el CP portugués. Bajo la rúbrica de Delitos contra la vida intrauterina, el aborto pasa a codificarse en los artículos 140 y sigs. del CP, regulándose el aborto no punible en el art. 142.⁷⁹³ Así, se ampliaba la indicación ética, legitimando el aborto no sólo cuando el embarazo era resultado de un delito de violación, sino de cualquier delito contra la libertad sexual o autodeterminación sexual; se suprimía el apartado 3 del anterior art. 140,⁷⁹⁴ regulándose el consentimiento prestado por la mujer embarazada en los apartados 3 y 4.⁷⁹⁵

⁷⁹³

Como hemos visto antes, la anterior versión del CP recogía el aborto en sus artículos 139 y sigs., regulándose el aborto no punible en el art. 140.

⁷⁹⁴

Este apartado disponía que la comprobación del embarazo a raíz de la violación, dependía también de la existencia de la participación criminal en la violación.

⁷⁹⁵

El art. 142 del CP (Decreto-Lei nº 48/95 de 15 de Marco, que Aprova o Código Penal) establecía textualmente: “1. No es punible la interrupción del embarazo realizada por un médico o bajo su dirección, en un hospital público u oficialmente reconocido y con el consentimiento de la mujer embarazada, cuando, de acuerdo con el estado de los conocimientos y la experiencia médica: a) sea el único medio de eliminar el peligro de muerte o de daños graves e irreversibles a la integridad física o la salud física o mental de la mujer embarazada; b) resulte indicado para evitar un peligro de muerte o lesión grave y duradera a la integridad física o la salud física o mental de la mujer embarazada y se realiza durante las primeras 12 semanas de embarazo; c) hay motivos de seguridad para esperar que el feto sufrirá de forma incurable una enfermedad grave o malformaciones, y se realiza en las primeras 16 semanas de embarazo; o d) existen indicios serios de que el embarazo es resultado de un delito contra la libertad sexual y la autodeterminación, y se realiza en las primeras 12 semanas de embarazo. 2. La verificación de las circunstancias que hacen legal la interrupción del embarazo deben constar en un certificado médico anterior a la intervención que debe ser firmado por un médico de aquel que realice el aborto o bajo cuya dirección se lleve a cabo. 3. El consentimiento se proporciona: a) en un documento firmado por la mujer embarazada o que lo solicite y, cuando sea posible, con al menos 3 días antes de la fecha de la intervención; o b) en el caso de la mujer embarazada menor de 16 años o mentalmente incapaz, respectivamente, y, sucesivamente, en su caso, por el representante legal, ascendiente o descendiente, o, en su defecto, por cualquier pariente de la línea colateral. 4. En casos de urgencia donde no se puede obtener el consentimiento del número anterior, se autoriza al médico a que decida en conciencia, solicitando siempre que sea posible, la opinión de uno o más médicos”.

Más tarde, la Ley 90/97, de 30 de julio, modificaba los plazos para la exclusión de la ilegalidad de la interrupción del embarazo pertinentes a las indicaciones embriopática y ética de los incisos c) y d) del apartado 1 del art. 142 del CP: se ampliaba el plazo para la práctica del aborto embriopático hasta las 24 semanas de gestación (antes 16 semanas), y para la práctica del aborto ético hasta las 16 semanas de embarazo (antes 12 semanas). Por lo demás, variaban las circunstancias propias de la indicación embriopática, de modo que la legalidad del aborto quedaba condicionada a que *“haya motivos seguros para prever que el nasciturus sufrirá una dolencia o malformación congénita incurable y fuera realizado dentro de las primeras 24 semanas de gestación, debiendo ser estas acreditadas ecográficamente o por cualquier otro medio conforme con la lex artis, exceptuados los casos de inviabilidad fetal, en cuyo caso la interrupción del embarazo podrá ser realizada en cualquier momento de la gestación.”*

En el año 2007, se aprueba la actual Ley de plazos portuguesa, la Ley 16/2007, de 17 de abril, de exclusión de la ilicitud de los casos de interrupción voluntaria del embarazo, que despenaliza el aborto a petición de la mujer hasta las 10 semanas de gestación, disponiendo más allá de este plazo de impunidad varias indicaciones.⁷⁹⁶ En virtud del modelo del plazo, durante las primeras 10 semanas de gestación, la decisión sobre el aborto reside en la mujer embarazada, quien puede decidir de manera libre sobre su embarazo sin que la legalidad del aborto esté condicionada a ningún supuesto de impunidad excepcional definido legalmente. Más allá, se incluye la indicación terapéutica, embriopática y ética, con el fin de resolver posibles conflictos entre bienes jurídicos que puedan surgir entre la vida humana en formación y los derechos fundamentales de la mujer pasado el periodo de impunidad de las 10 primeras semanas de gestación. Estas indicaciones son prácticamente idénticas a los supuestos de impunidad previstos por el anterior sistema de indicaciones portugués: la indicación terapéutica no tiene plazo que la

⁷⁹⁶

Esta Ley nace a raíz del referéndum sobre la despenalización del aborto celebrado en Portugal el 10 de abril de 2007. Este es el segundo referéndum sobre la despenalización del aborto que se celebra en Portugal. El primero se celebró en el año 1998, habiendo ganado el NO por sólo el 51% de los votos. Si bien en este referéndum ganó el Sí por un 59,24%, el resultado no fue vinculante al no alcanzarse una participación superior al 50% de los votantes. No obstante, el primer ministro José Sócrates, del Partido Socialista, anunció que se legalizaría el aborto en Portugal por vía parlamentaria para respetar el veredicto de los portugueses, promulgándose en consecuencia la Ley 16/2007 de 17 de abril, de exclusión de la ilicitud de los casos de interrupción voluntaria del embarazo. La pregunta del referéndum fue: "¿Está de acuerdo con la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, si se realiza, por opción de la mujer, en las diez primeras semanas, en una instalación sanitaria legalmente autorizada?".

limite, la indicación embriopática determina la posibilidad de realizar el aborto incluso hasta la semana 24 de gestación; y la indicación ética hasta la semana 16 de embarazo.

El art. 1 de la Ley 16/2007, organiza los cambios en la redacción del art. 142 del CP relativo al aborto no punible, que si bien mantiene gran parte de su redacción anterior, establece los siguientes cambios: en primer lugar, modifica ligeramente las circunstancias que forman la indicación embriopática del inciso c) del apartado 1, eliminando la exigencia de acreditar ecográficamente o por cualquier otro medio, conforme con la *lex artis*, la dolencia o malformación congénita incurable que con seguridad se prevé sufrirá el *nasciturus*; en segundo lugar, añade el inciso e) del apartado 1, declarando la impunidad del aborto realizado a petición de la mujer durante las primeras 10 semanas de gestación; en tercer lugar, el apartado 3, deja de regularizar parte del consentimiento prestado por la mujer, para requerir que cuando se trate de la situación prevista en el inciso e) del apartado 1 (aborto a petición de la mujer durante las primeras 10 semanas de gestación), el certificado médico exigido en el apartado 2 acredite que el embarazo no excede de 10 semanas; y en cuarto lugar, los apartados 4, 5 y 6 pasan a regularizar el consentimiento prestado por la mujer.⁷⁹⁷

Posiblemente, el corto periodo de impunidad del sistema del plazo portugués (de sólo 10 semanas cuando por lo general son 12 semanas) se ha querido remediar concertando dichas indicaciones que mantenían los generosos plazos de rigor para las indicaciones embriopática y ética correspondientes a 24 y 16 semanas respectivamente.

Ahora bien, en 2015 los partidos conservadores PSD y CDS-PP, que gobernaron Portugal con mayoría absoluta entre 2011 y 2015, aprobaban en su última sesión plenaria de la legislatura una ley que venía a modificar la Ley de plazos portuguesa aprobada en 2007, estableciendo medidas para endurecer el acceso al aborto libre durante las primeras 10 semanas de gestación; así, las mujeres tendrían que pasar obligatoriamente por la consulta de un psicólogo y recibir información sobre métodos de planificación familiar y otras opciones alternativas al aborto, debiendo pagar una tasa por esta

⁷⁹⁷

El consentimiento de la mujer debe ofrecerse por escrito, con al menos 3 días de antelación a la práctica del aborto. En casos de urgente necesidad, se autoriza al médico para que obre en conciencia, solicitando, de ser posible, la opinión de otro u otros médicos. Cuando se trate del aborto a petición de la mujer del inciso e), apartado 1, es obligatorio que, antes de ofrecer el consentimiento, la mujer haya recibido la información escrita a que hace referencia el art. 2 de esta Ley, debiendo transcurrir entre la entrega de la información y la práctica del aborto, el plazo de reflexión de 3 días.

prestación sanitaria, salvo que la gestante tuviese una dolencia crónica o careciera de recursos. La aprobación de esta reforma generó una gran polémica, tanto en el Parlamento como en la sociedad portuguesa que culminó con la eliminación de dichas medidas en diciembre de 2015 durante una nueva legislatura, de modo que las mujeres ya no tienen que pagar ni ver a un psicólogo en caso de una interrupción voluntaria del embarazo.

En definitiva, la regulación del aborto en Portugal ha sido asiduamente cambiante, habiendo logrado en 2007 despenalizar el aborto mediante el modelo del plazo, poniéndose a la altura de la gran mayoría de países europeos que mediante leyes de plazos reconocen los derechos sexuales y reproductivos de sus ciudadanos. Así, las portuguesas pueden decidir de manera autónoma si quieren o no tener hijos, quién desean como padre de sus hijos, en que momento de su vida desean ser madres, y cuántos hijos desean tener, cumpliendo con sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos.

5. *La regulación del aborto en Italia*

El aborto se despenaliza parcialmente en Italia en virtud del modelo de indicaciones, a partir de la Ley 194, de 22 de mayo de 1978, denominada Ley de Normas para la tutela social de la maternidad y la interrupción voluntaria del embarazo. Dicha Ley continúa estando vigente al día de hoy en Italia.⁷⁹⁸

La Ley italiana de tutela social de la maternidad y la interrupción voluntaria del embarazo regula el aborto no punible en los artículos 4 y sigs. Asimismo, sistematiza el aborto punible en sus artículos 17 y sigs. De este modo, en Italia tanto la intervención voluntaria y legal del embarazo como el aborto punible están regulados en esta Ley.

La Ley 194 nace como un compromiso entre las fuerzas pro y antiabortistas, habiendo sido aprobada con rapidez para evitar que se llevara a cabo un referéndum popular, que en caso de resultados positivos habría liberalizado completamente el aborto en Italia. No obstante, después de su aprobación, en junio de 1981, el Movimiento por la Vida (católico-integrista) promovía un referéndum popular con el fin de derogarla (tras

⁷⁹⁸

Esta Ley deroga el Título X del Libro II del CP italiano (artículos 545 y sigs.), relativo a los Delitos contra la integridad y la salud de las personas, entre los que se regulaba el delito de aborto.

haber recogido más de un millón de firmas), pero dicho referéndum fue rechazado por los italianos.

Antes de analizar el contenido de la Ley del aborto italiana de 1978, cabe señalar la influencia de la Corte Constitucional de este país a la hora de despenalizar el aborto mediante la Ley 194.

5.1. La Sentencia de la Corte Constitucional italiana 27/1975

A raíz de la Sentencia 27/1975 de la Corte Constitucional de Italia⁷⁹⁹, se declara la inconstitucionalidad parcial del art. 546 del CP italiano, en la medida en que no preveía la legalidad de la interrupción del embarazo cuando la gestación implicaba un daño o peligro grave para la salud física o psíquica de la madre, que no podía evitarse de otro modo según los conocimientos y la experiencia médica.

La Sentencia 27/1975 nace a raíz del proceso penal seguido contra Minella Carmosina y otros (registrado con el núm. 384 del Registro de Órdenes de 1972, y publicado en la Gaceta Oficial núm. 21, de 24 de enero de 1973), concretamente a partir del incidente de constitucionalidad que presentó el juez de instrucción del Tribunal de Milán, que conocía el caso, contra el art. 546 del CP, en la medida que castigaba el aborto con consentimiento de la mujer, incluso cuando se demostraba médicamente que el embarazo suponía un peligro para el equilibrio físico o psicológico de la mujer embarazada, sin que se pudieran cumplir los presupuestos del estado de necesidad del art. 54 del CP, referentes a la "inevitabilidad" y peligro actual grave de daño a la persona.

Esta Sentencia considera que la protección de los no nacidos tiene su base constitucional en el art. 31, párrafo segundo de la Constitución italiana, que obliga expresamente a la "protección de la maternidad", y, más en general, en el art. 2 de la misma Constitución, que reconoce y garantiza los derechos humanos inviolables, entre los que no se puede colocar el estatuto jurídico de los no nacidos.

Asimismo, considera que la condición de las mujeres embarazadas es muy especial y no puede encontrar una protección adecuada en una disposición general como la del

799

Véase la Sentencia de la Corte Constitucional italiana núm. 27/1975, disponible en <http://www.giurcost.org/decisioni/1975/0027s-75.html>.

art. 54 del CP de Italia (estado de necesidad), que no sólo requiere la gravedad y la inevitabilidad absoluta del daño o peligro, sino también su importancia, mientras que el daño o el peligro creado por la continuación de un embarazo pueden esperar, pero no siempre ser inmediatos. Dicho esto, la Sentencia manifiesta que la eximente de estado de necesidad del art. 54 del CP italiano, se basa en el supuesto de equivalencia entre el bien jurídico ofendido por el hecho del autor y el otro bien jurídico que con el hecho mismo se quería salvar, declarando igualmente que no hay equivalencia entre el derecho no sólo a la vida sino también a la salud de los que ya son persona (como la madre), y la protección del embrión que aún no se ha convertido en persona.

He aquí el aporte más importante de la Sentencia, esto es, la declaración de la distinción entre “lo que es ya persona” (madre) y “lo que todavía no lo es” (embrión), una declaración que la Corte corteja con la afirmación de que tendría que tutelarse no sólo el derecho a la vida de la mujer embarazada sino también el derecho a la salud de la misma. Sin lugar a dudas esta última reflexión también resulta valiosa para el ordenamiento jurídico de Italia, en tanto supone la apertura de la vía a la legalización del aborto en este país. Por esta razón, precedentemente aseveré la clara influencia de la Corte Constitucional italiana en la despenalización del aborto de la Ley de Normas para la tutela social de la maternidad y la interrupción voluntaria del embarazo de 1978.

5.2. El actual sistema de indicaciones italiano de la Ley 194 de 1978

Ahora bien, resulta preciso examinar el actual modelo de indicaciones que despenaliza el aborto en Italia a partir de la Ley 194 de 1978.

Esta Ley permite la práctica del aborto voluntario en determinadas circunstancias, organizando los supuestos de impunidad y sus requisitos mediante la diferenciación entre la interrupción voluntaria del embarazo que puede realizarse durante los primeros 90 días de gestación (artículos 4 y 5) y la que puede ser practicada después de dicho periodo, es decir, más allá de los 90 días de embarazo (artículos 6 y 7).

a) Durante los primeros 90 días de gestación

Según el art. 4 de la Ley 194, durante el primer periodo de 90 días de gestación, la interrupción voluntaria del embarazo procede cuando la continuación de la gestación, el parto o la maternidad comportan un serio peligro para la salud física y psíquica de la mujer, ya sea por su actual estado de salud, sus condiciones económicas, sociales o

familiares, o las circunstancias en que se realizó la concepción, o bien por la previsión de anomalías o malformaciones del concebido.⁸⁰⁰

Asimismo, este precepto dispone que la mujer embarazada que pretende abortar durante este primer periodo inicial del embarazo, deberá dirigirse a un consultorio público instituido según el art. 2, letra a), de la Ley núm. 405, de 29 de julio de 1975, o a una estructura socio-sanitaria habilitada para ello en la región, o a un médico de su confianza.

El art. 5 de la misma Ley, dispone el procedimiento y los requisitos necesarios en dichos casos. De este modo, la mujer que desea abortar debe presentarse en un consultorio familiar o ante un médico de su confianza, donde se analizan los motivos por los que la mujer alega querer abortar, haciéndole entrega de un certificado médico del estado de gravidez y la solicitud cursada. Después de 7 días (periodo de reflexión) la mujer puede hacer efectiva su decisión de interrumpir el embarazo, ante una de las estructuras sanitarias legalizadas al efecto.⁸⁰¹

En caso de urgencia, el médico puede decidir la intervención inmediatamente, es decir, sin esperar el periodo de reflexión de 7 días. En la conversación inicial de la mujer con el médico o con los miembros del consultorio se intenta buscar otra solución al aborto

⁸⁰⁰

CUERDA ARNAU señala que en caso de no existir un serio peligro para la salud física o psíquica de la mujer, de continuarse con el parto. “en Italia viene siendo pacífico calificar como homicidio (Art. 575) la conducta dirigida directamente a dar muerte al feto durante el momento del parto, bastando a tal efecto con el “distacco del feto dall'utero”, expresión que para la mayoría se equipara al inicio mismo del parto, con lo que el llamado aborto por nacimiento parcial sería en este ordenamiento subsumible en el art. 575”. “[...] Distinto es el caso en que la muerte del feto se produce en el momento del parto pero no a causa de maniobras feticidas sino por lo que el art. 578 llama abandono material o moral (Infantizidio in condizioni di abbandono materiale o morale connesse al parto), figura legal atenuada destinada a sancionar la conducta omisiva de la madre (y, eventualmente, la de los partícipes). Precisamente es la presencia de este precepto lo que motiva el que la mayoría entienda que las conductas activas dirigidas directamente a dar muerte al feto durante el parto no pueden recibir el tratamiento más benévolo del aborto y deban ser calificadas como un supuesto de homicidio.” En este sentido CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 173, n. 74.

⁸⁰¹

El plazo de reflexión del modelo despenalizador italiano (7 días) es de más del doble de días que el del modelo despenalizador alemán o español (3 días). CUERDA ARNAU justifica esta cuestión en la celeridad con que se produce generalmente la intervención abortiva en Italia. Cfr. CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 175, n. 79.

según el motivo aludido. Pero en definitiva, la decisión final sobre el aborto es de la mujer.⁸⁰²

b) Después de los primeros 90 días de gestación

Durante el segundo período de gestación, esto es, después de los primeros 90 días de embarazo, la Ley italiana sobre el aborto resulta más rigurosa.

Así lo conviene el art. 5 de dicha Ley, que sólo permite la interrupción voluntaria del embarazo cuando la gravidez o el parto impliquen un grave peligro para la vida de la mujer; o cuando sean verificados procesos patológicos, como aquellos relativos a graves anomalías o malformaciones del feto que determinen un grave peligro para la salud física o psíquica de la mujer.

En este segundo período sí existe una comprobación seria y viable de las circunstancias que forman los supuestos de impunidad del aborto, en el sentido dispuesto

802

El art. 5 de esta Ley dispone textualmente: *"El consultorio y la estructura socio-sanitaria, además de garantizar las necesarias verificaciones medicas, tendrán el deber en todo caso, y especialmente cuando la petición para interrumpir el embarazo este motivada en la incidencia de las condiciones económicas, o sociales, o familiares sobre la salud de la embarazada, de examinar con la mujer y con el padre del concebido, -siempre que la mujer lo consienta, y respetando la dignidad y la discreción de la mujer y de la persona indicada como padre del "concebido, las posibles soluciones de los problemas propuestos, de ayudarla a remover las causas que la llevarían a la interrupción del embarazo, de hacer que pueda exigir sus derechos de trabajadora y de madre, de promover cualquier intervención oportuna capaz de sostener a la mujer, ofreciéndole todas las ayudas necesarias sea durante la gravidez como después del parto. Cuando la mujer se dirija al médico de su confianza, este realizara las comprobaciones sanitarias necesarias, respetando la dignidad y la libertad de la mujer; valorara con la mujer misma y con el padre del concebido, siempre que la mujer lo consienta, respetando la dignidad y la discreción de la mujer y de la persona indicada como padre del concebido, y también sobre la base del éxito de las verificaciones antes señaladas, las circunstancias que la determinaron a pedir la interrupción del embarazo; la informara sobre los derechos que se le conceden y sobre las intervenciones de carácter social a las que puede recurrir, así como sobre los consultores y las estructuras socio-sanitarias. Cuando el médico del consultorio o de la estructura socio-sanitaria, o el médico de confianza, verifiquen la existencia de condiciones capaces de hacer urgente la intervención, expedirá inmediatamente a la mujer un certificado que declare la urgencia. Con tal certificado la mujer misma puede presentarse en una de las sedes autorizadas para practicar la interrupción del embarazo. Si el caso no aparece como urgente, al término de la reunión el médico del consultorio o de la estructura socio-sanitaria, o el médico de confianza, en relación con la solicitud de la mujer para interrumpir el embarazo, basándose en las circunstancias señaladas en el artículo 4, le expedirá copia de un documento, firmado también por la mujer, certificando el estado de gravidez y la solicitud cursada, y la invitara a desistir por siete días. Transcurridos los siete días, la mujer puede presentarse, para obtener la interrupción del embarazo, en base al documento que le fue expedido según el presente párrafo, ante una de las sedes autorizadas."*

en el art. 7 de la Ley. Este precepto indica que, por parte del servicio obstétrico-ginecológico del centro sanitario donde se vaya a practicar el aborto, se comprobarán los procesos patológicos que configuran los casos previstos en el art. 6. Asimismo, establece el procedimiento a seguir: será un médico del servicio obstétrico-ginecológico del ente hospitalario en el que debe practicarse el aborto, quien deberá certificar la existencia de dichas circunstancias, pudiéndose valer para ello de la colaboración de especialistas. Este médico estará obligado a suministrar la documentación sobre el caso y a comunicar su certificación al director sanitario del hospital para la intervención que se practicara inmediatamente. Siempre que la interrupción del embarazo aparezca como necesaria por inminente peligro de la vida de la mujer, el aborto podrá ser practicada incluso sin desarrollarse el procedimiento aquí previsto y fuera de las sedes a que se refiere el art. 8 de esta misma Ley, en cuyos casos el médico estará obligado a comunicar el hecho al médico provincial. Cuando subsista la posibilidad de vida autónoma del feto, la interrupción del embarazo podrá ser practicada solo en el caso de la letra a) del art. 6 (cuando la gravidez o el parto impliquen un grave peligro para la vida de la mujer), y el médico que realice la intervención deberá adoptar toda medida idónea para salvaguardar la vida del feto.⁸⁰³

c) Cuestiones generales del sistema de indicaciones italiano

En cualquier caso, la solicitud de la interrupción voluntaria del embarazo debe hacerla personalmente la mujer embarazada. Si la mujer es menor de edad, es preciso el consentimiento de sus padres o tutores,⁸⁰⁴ y si es incapaz por enfermedad mental, la

⁸⁰³

CUERDA ARNAU señala que según el informe del Ministerio de Salud italiano al Parlamento, de 10 de agosto de 2010, la práctica del aborto legal pasados los 90 primeros días de gestación es absolutamente residual (3%), hasta el punto de tener una de las tasas más bajas de los países de nuestro entorno, mientras España, según los datos de este mismo informe, cuadruplicaba dicha tasa. Cfr. CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, El debate, 2012, 176, n. 80. Véase el Informe del Ministro de Salud sobre la aplicación de la Ley 194/78 de normas para la protección de la maternidad y de la interrupción voluntaria del embarazo, disponible en http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_publicazioni_1312_allegato.pdf.

⁸⁰⁴

Salvo durante los primeros 90 días, si existen serios motivos que impidan o desaconsejen dicho consentimiento, se niegue el mismo o se manifiesten opiniones contrarias entre los padres, en cuyo caso el centro sanitario cumplirá el procedimiento a que se refiere el art. 5 y enviará dentro de los 7 días posteriores a la solicitud, un informe, acompañado de su opinión al juez competente, quien dentro de los 5 días posteriores, escucha a la mujer y tomada en cuenta su voluntad, podrá autorizar la interrupción del embarazo mediante un acto sujeto a recurso. En caso de urgencia por grave peligro para la salud de la menor de edad, independientemente de la anuencia de quien ejerce la patria potestad o la tutela y sin recurrir al juez tutelar, el médico certificará la existencia de las condiciones que justifican la interrupción voluntaria del embarazo. Después de los 90 días, las menores de edad deberán cumplir los

solicitud podrá ser presentada por ella misma, por su tutor o por su marido no tutor (cuando no estén legalmente separados),⁸⁰⁵ en cuyo caso el médico comunica al juez competente una relación de datos del caso concreto (dentro de los 7 días posteriores a la solicitud),⁸⁰⁶ para que éste decida sobre la interrupción del embarazo (en un plazo de 5 días).

Asimismo, el art. 9 de esta Ley se ocupa de la regulación del derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario. En términos generales, este precepto dispone que la declaración del objetor de conciencia se deberá comunicar anticipadamente,⁸⁰⁷ concerniendo exclusivamente las actividades específicas y necesarias para causar la interrupción del embarazo, de modo que la objeción de conciencia no incluye la asistencia previa o posterior a la práctica del aborto. Esta Ley descarta las objeciones de conciencia cuando la interrupción del embarazo resulte indispensable para salvar la vida de la mujer. Lo anterior se conviene como un mecanismo de control de la objeción masiva de conciencia, teniendo en cuenta que esta Ley configura la interrupción voluntaria del embarazo como una prestación sanitaria pública y gratuita. De esta manera la Ley italiana sobre el aborto pretende garantizar el acceso a dicha intervención, para lo cual incluso recurre a la movilidad laboral, esto es, el traslado del personal sanitario según las necesidades de cada centro sanitaria a efectos de garantizar la práctica del aborto en virtud de lo dispuesto en esta Ley.⁸⁰⁸

requisitos procedimentales concernientes a la interrupción del embarazo propia de este periodo, independientemente del consentimiento de quien ejercite la patria potestad o la tutela legal. Véanse los artículos 12 y 13 de esta Ley.

⁸⁰⁵ Cuando la solicitud es presentada por la incapaz o su marido, deberá escucharse al tutor y la mujer deberá confirmar la solicitud.

⁸⁰⁶ De considerarlo oportuno, el juez procederá a escuchar a los interesados antes de resolver.

⁸⁰⁷ Dentro del mes siguiente a la entrada en vigor de esta Ley o del momento en que el centro resulte habilitado para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo. La objeción podrá ser siempre revocada o proponerse incluso fuera del término a que se refiere el art. 9, pero en tal caso la declaración producirá efectos después de un mes de su presentación al médico provincial. Asimismo, se entenderá revocada, con efecto inmediato, si quien la ha propuesto toma parte en los procedimientos o en las intervenciones para la interrupción del embarazo previstos por esta Ley, salvo cuando sea indispensable para salvar la vida de la mujer en inminente peligro.

⁸⁰⁸ La objeción de conciencia fue el punto más delicado de toda la Ley (uno de los temas más debatidos), habiendo significado el mayor freno a la actuación concreta en Italia, pues de los 3.350 médicos que trabajaban en obstetricia-ginecología, 2.386 se declararon objetores de conciencia, bien por convicción, personal o porque trabajaban en clínicas u hospitales dirigidos por religiosos y temieron perder el puesto o las simpatías de la dirección. No obstante,

5.3. El aborto punible en la Ley 194 de 1978

Como se ha indicado primeramente, en Italia el aborto punible también está regulado en la Ley 194 de 1978, propiamente en los artículos 17 y sigs.⁸⁰⁹

El art. 17 castiga con reclusión de 3 meses a 2 años el aborto culposo o a quienquiera que cause culposamente la interrupción del embarazo.

El art. 18 castiga con reclusión de 4 a 8 años a quien realice el aborto sin el consentimiento de la mujer, considerando como no prestado el consentimiento obtenido mediante violencia, amenaza o engaño.

La misma pena aplica a quienquiera que provoque la interrupción del embarazo con acciones dirigidas a provocar lesiones en la mujer, atenuándose hasta la mitad si de tales lesiones derivan el aceleramiento del parto.

Si de los hechos previstos anteriormente deriva la muerte de la mujer, se aplicara la reclusión de 8 a 10 años; si deriva una lesión personal gravísima la reclusión será de 6 a 12 años; y si deriva una lesión grave la pena será disminuida. En cualquier caso se aumenta la pena cuando la mujer fuese menor de edad.

a pesar de todo, la Ley ha funcionado, sobre todo en regiones con estructuras suficientes y libres. CUERDA ARNAU señala que “según el ya citado informe presentado al Parlamento en 2010, el 90% de las interrupciones voluntarias del embarazo tuvieron lugar en el sistema sanitario público”. Cfr. CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 178, n. 81.

⁸⁰⁹

En Italia, antes del 1978, el aborto estuvo prohibido en cualquier caso por el CP en los artículos 545 y sigs. El aborto se sancionaba en medidas diferentes según las circunstancias: instigar el aborto de una mujer no concorde o concorde pero menor de 14 años se castiga con la pena de reclusión de 7 a 12 años; instigar el aborto de una mujer concorde se castiga con reclusión de 1 a 4 años, pena influida tanto a la mujer como al ejecutor; practicarse el aborto a sí misma se castiga con reclusión de 1 a 4 años; e instigar o poner los medios para realizar el aborto se castiga con la reclusión de 6 meses a 2 años. Además, se preveía que en el caso de muerte o daño grave para la mujer las penas se aumentaban y al contrario disminuían si algunos de estos factores se llevaron a cabo para guardar el propio honor de la madre o del marido. A veces, en condiciones muy particulares, la jurisprudencia usó la causa de justificación del “estado de necesidad”, prevista en el art. 54 del CP, considerando que no podía castigarse la operación hecha para guardar la vida de la mujer y rara vez, también por graves enfermedades que podían derivar del embarazo.

El art. 19 se ocupa de sancionar las interrupciones voluntarias del embarazo realizadas fuera de los casos previstos en esta Ley o sin cumplir las formalidades legalmente descritas en la misma.

Se castiga con reclusión de hasta 3 años la inobservancia de lo dispuesto en los artículos 5 y 8 de esta Ley. En este caso la mujer es castigada con multa.

La pena será de reclusión de 1 a 4 años si la interrupción voluntaria del embarazo ocurre sin la confirmación médica de los casos previstos en el art. 6 incisos a) y b) y en el art. 7, referentes al grave peligro para la vida de la mujer o cuando sean verificados procesos patológicos como graves anomalías o malformaciones del ser en gestación que determinen un grave peligro para la salud física o psíquica de la mujer. En este caso la mujer será castigada con reclusión de hasta 6 meses.

Cuando la interrupción se realiza sobre mujer menor de edad o incapaz, sin observar lo dispuesto en los artículos 12 y 13, las penas previstas precedentemente serán aumentadas hasta la mitad. La mujer no será castigada.

Si de los hechos previstos deriva la muerte de la mujer la reclusión será de 3 a 7 años; si deriva lesión gravísima la reclusión será de 2 a 5 años; si deriva lesión la pena será disminuida. Las penas serán aumentadas si la muerte o la lesión de la mujer refieren a la interrupción realizada sobre mujer menor de edad o incapaz, sin observar lo dispuesto en los artículos 12 y 13.

Por último, el art. 20 establece un tipo agravado para quien realice la interrupción del embarazo habiendo invocado la objeción de conciencia, imponiendo en dicho caso aumentadas las penas previstas en los artículos 18 y 19 para quien procure la interrupción del embarazo.

5.4. Conclusiones acerca de la regulación del aborto en Italia

La actual Ley italiana de Normas para la tutela social de la maternidad y la interrupción voluntaria del embarazo (Ley 194, de 22 de mayo de 1978), surge a raíz de la Sentencia 27/1975 de la Corte Constitucional de Italia, toda vez que declara abiertamente la diferencia entre “lo que es ya persona” (madre) y “lo que todavía no lo es” (embrión), reconociendo también que tendría que tutelarse no sólo el derecho a la vida de la mujer sino también el derecho a la salud de la misma. Así que, sin lugar a dudas, esta reflexión

abre el camino hacia la despenalización del aborto en Italia, pudiendo concluirse la clara influencia de esta Sentencia y por ende de la Corte Constitucional italiana en la legalización del aborto en este país.

Dicha Ley constituye una norma única, dada la forma como dispone las indicaciones en el tiempo, organizando los supuestos de impunidad y sus requisitos mediante la diferenciación entre la interrupción voluntaria del embarazo que puede realizar durante los primeros 90 días de gestación y la que puede practicar más allá de los 90 días de embarazo.

Las condiciones de impunidad del aborto durante los primeros 90 días de gestación (artículos 4 y 5) son amplísimas, no sólo por la generosidad de las indicaciones que autorizan el aborto en este espacio de tiempo (cuando la continuación de la gestación, el parto o la maternidad comportan un serio peligro para la salud física y psíquica de la mujer, teniendo en cuenta no sólo su situación económica, social y familiar, sino también las circunstancias en que se realizó la concepción, su estado de salud presente, además de autorizarse cuando se prevean anomalías o malformaciones del concebido), sino también porque la mujer que desea abortar únicamente debe presentarse en un consultorio familiar o ante su médico de confianza, para el análisis de los motivos por los que alega querer abortar, haciéndole entrega de un certificado del estado de embarazo y la solicitud, pudiendo en 7 días (periodo de reflexión) abortar sin más. Si bien la Ley dispone que el médico o los miembros del consultorio deben intentar buscar una solución al aborto, informando a la mujer de los derechos y las ayudas sociales y económicas de que se puede beneficiarse durante el embarazo y la maternidad, lógicamente para intentar darle a su situación personal una solución distinta a la interrupción del embarazo, realmente la decisión final sobre el aborto la tiene la mujer.

La amplitud de las circunstancias de impunidad del aborto relativas a los primeros 90 días de gestación, también revela que la confirmación de los supuestos de legalidad allí dispuestos es prácticamente imposible. Es decir, los supuestos de impunidad del aborto allí descrito resultan por poco ilimitados y pareciera que mientras tanto el aborto dependiera meramente de la libre decisión de la mujer embarazada. Por ende, en la práctica, cualquier razón personal sería capaz de optar por la legalidad del aborto, de manera que el sistema de indicaciones italiano se tercia hacia un modelo de plazos.

En Italia, el plazo de reflexión de 7 días, previo a la ejecución del aborto en los supuestos de impunidad relativos a los primeros 90 días de gestación, resulta

considerable si lo comparamos con el dispuesto en la legislación alemana o española, que es tan sólo de 3 días. Esta cuestión puede justificarse en las amplísimas condiciones de impunidad del aborto en dicho periodo del embarazo, y en la práctica en la celeridad con que se practica el aborto a partir de la solicitud de la mujer, que suele ser dentro de los 14 días siguientes a dicha petición.⁸¹⁰

Durante el segundo período de gestación, esto es, después de los primeros 90 días de embarazo, la Ley italiana sobre el aborto es más rigurosa, de forma que las circunstancias de impunidad allí dispuestas resultan más acordes con el modelo de las indicaciones que rige este sistema despenalizador. Así, en este periodo los supuestos de impunidad están más delimitados, pues sólo se permite la interrupción voluntaria del embarazo cuando la gravidez o el parto impliquen un grave peligro para la vida de la mujer; o cuando sean verificados procesos patológicos (graves anomalías o malformaciones del feto) que determinen un grave peligro para la salud física o psíquica de la mujer. Además, en este segundo período sí existe una comprobación formal y practicable de dichos supuestos (art. 7), de manera que el servicio obstétrico-ginecológico del centro sanitario donde se vaya a practicar el aborto comprueba las patologías indicadas, emitiendo un certificado sobre la existencia de dichas circunstancias, y suministrando la documentación sobre el caso, debiendo notificar esta certificación al director sanitario del hospital para la intervención que se practicará inmediatamente.

En cualquier caso, la despenalización del aborto de la Ley 194 constituye un logro en el respeto de los derechos fundamentales de las mujeres italianas quienes en supuestos de impunidad desprendidos pueden abortar, durante los primeros tres meses de gestación, de manera legal y gratuita, a través del sistema público de seguridad social, o bien, en supuestos irrefutables sometándose a una mayor inspección, a partir de dicho periodo.

⁸¹⁰ Cfr. supra 2ª, I, 5.2, a).

CAPÍTULO II. EL ABORTO EN ESTADOS UNIDOS Y CANADÁ

1. *La regulación del aborto en Estados Unidos*

En Estados Unidos, la interrupción voluntaria del embarazo se legaliza en todos los estados a partir de la Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Roe contra Wade, de 22 de enero de 1973, que reconoció a las mujeres el derecho al aborto voluntario. Es decir, la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció en 1973, en Roe contra Wade, que las mujeres poseían un derecho constitucionalmente protegido al aborto en los estadios tempranos del embarazo.⁸¹¹ Así, desde inicios de los años setenta, Estados Unidos se convierte en el único país del mundo que reconoce expresamente el derecho de las mujeres a abortar o bien a decidir de manera autónoma sobre su maternidad durante un período de tiempo razonable.

La Sentencia Roe contra Wade declaraba que la interrupción voluntaria del embarazo podía practicarse legalmente durante el primer trimestre de gestación, al entender que a partir de este período el feto es viable por tener probabilidades de supervivencia fuera del útero materno. Prohíbe así a todos los estados cualquier limitación al derecho de la mujer a abortar durante dicho período, pero posibilitándoles para imponer restricciones o prohibiciones absolutas, dependiendo de los supuestos, una vez superado el plazo de 3 meses.

Antes de Roe contra Wade, en Estados Unidos el aborto era ilegal en numerosos estados, aunque en al menos diez de ellos se incluían supuestos de impunidad que permitían el aborto en circunstancias limitadas, por lo general para proteger la vida de la mujer o para amparar a las mujeres que resultaban embarazadas a partir de delitos de violación o incesto. De este modo, la situación anterior del aborto en Estados Unidos variaba considerablemente entre sus estados, concurriendo desde estados liberales como

811

Roe contra Wade es el nombre del caso judicial. Jane Roe (Norma L. McCorvey) sostenía que su embarazo había sido producto de una violación. v Henry Wade (Fiscal de distrito que representaba al Estado de Tejas) se oponía al aborto, en tanto la ley vigente en Tejas prohibía el aborto en casos de violación, permitiéndolo únicamente cuando existía peligro para la vida de la madre. El Tribunal del distrito falló a favor de Jane Roe, pero rehusó establecer una restricción en contra de las leyes sobre aborto. El caso fue recurrido hasta que finalmente llegó a la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos.

Nueva York, que permitía el aborto, hasta estados como Tejas, que mantenía una prohibición absoluta.

Ahora bien, desde el reconocimiento del derecho a abortar de las mujeres en dicha Sentencia, y hasta hoy, la tendencia del TC de los Estados Unidos ha sido continuamente restrictiva, como veremos más adelante al estudiar la evolución constitucional sobre el aborto en este país.

1.1. Sentencia Roe contra Wade

El 22 de enero de 1973, con una mayoría de siete a dos, la Corte Suprema de los Estados Unidos dictó la famosa sentencia Roe contra Wade⁸¹², que reconoce el derecho a la mujer de abortar libremente dentro del plazo inicial del embarazo relativo al primer trimestre.⁸¹³

Esta Sentencia fundamenta el derecho de abortar de la mujer embarazada durante el período inicial del primer trimestre, en el derecho a la intimidad (“privacy”), un derecho que si bien no existe como tal en la Constitución americana, había sido acreditado en 1965 por la Corte Suprema de los Estados Unidos en la Sentencia Griswold contra Connecticut.⁸¹⁴ En Griswold contra Connecticut se consideró que la Constitución protegía el derecho a la privacidad, declarando inválidas las leyes de los diferentes estados que violan el derecho a la privacidad marital que garantiza el acceso y la administración de anticonceptivos, reconociendo así el derecho constitucional de las personas a tomar sus propias decisiones en materia de procreación.⁸¹⁵

⁸¹² 410 U.S. 113 (1973).

⁸¹³ Si bien esta es la primera resolución judicial de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que reconoce el derecho de la mujer a abortar libremente durante el primer trimestre del embarazo, luego vinieron otras sentencias que evolucionaron la jurisprudencia constitucional estadounidense y que no presentaron un criterio estable sobre el aborto, algunas de las cuales se estudiarán más adelante. Cfr. el estudio sobre la evolución de la jurisprudencia constitucional del aborto en Estados Unidos de IAN SAPHIRO, en: IAN SAPHIRO/DE LORA/TOMÁS Y VALIENTE, La Suprema Corte de los Estados Unidos y el aborto, 2009, 54 y sigs.

⁸¹⁴ 381 U.S. 479 (1965).

⁸¹⁵ En este sentido CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, El debate, 2012, 140, n. 36: “Como BLACKMUN, redactor de la sentencia, reconocía, no existe en la Constitución americana una declaración expresa de reconocimiento de tal derecho. Pero (...) ya antes la Corte había reconocido el derecho constitucional de las

En consecuencia, la Sentencia Roe contra Wade declara la inconstitucionalidad de las disposiciones legales aplicables en el Estado de Tejas, que elevaban a la categoría de delito la práctica del aborto en cualquier caso, excepto cuando corría peligro la vida de la madre (arts. 1191-1194 y 1196 State's Penal Code 1857). El Tribunal entiende que estas disposiciones violan la Cláusula del Debido Proceso (Due Process Clause), recogida en la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, según la cual no se puede privar a ninguna persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial.⁸¹⁶ Así, obliga a modificar todas las leyes federales y estatales que prohibían o limitaban el aborto y que eran contrarias a esta Sentencia.

personas a adoptar sus propias decisiones en materia de procreación (paradigmática Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965) en la que proscribió la prohibición de venta de anticonceptivos. (...) El juez Brennan, inspirador de este punto de BLACKMUN, había dicho que "si el derecho a la privacidad significaba algo, era justamente el derecho del individuo, casado o soltero, a no sufrir intromisiones del gobierno en asuntos que afectan tan radicalmente a una persona como la decisión de engendrar y tener un hijo" (Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists et al., 476 U.S. 747 (1986). Sobre el razonamiento de la Corte Suprema en Griswold, que sirvió de fundamentación lógica del razonamiento del juez BLACKMUN en Roe, véase IAN SAPHIRO, en: IAN SAPHIRO/DE LORA/TOMÁS Y VALIENTE, La Suprema Corte de los Estados Unidos y el aborto, 2009, 55 y sigs.: "Las discusiones acerca de la intimidad y libertad reproductiva hunden sus raíces en la decisión que la Corte Suprema adoptó en 1965 para resolver el caso Griswold y Connecticut. (...) la relación marital está incluida en una esfera de intimidad que prevalece sobre cualquier interés legítimo del Estado por evitar la inmoralidad en materia sexual. (...) esa esfera de intimidad comprende también las decisiones relativas al aborto, además de las relativas a la contracepción. (...) Griswold se aplicaba solamente a las parejas casadas y de esto, por sí solo, no podía extraerse el derecho a la intimidad indicada sobre el que Roe se basaba. El argumento que sirvió como puente lo proporcionó en 1972 el caso Eisenstadt vs. Baird, donde el juez BRENNAN, transcribiendo la opinión de la mayoría, afirmó que en los casos de contracepción "si el derecho a la intimidad ha de tener algún significado, ese es precisamente el derecho del individuo, soltero o casado, a no sufrir la intromisión del Gobierno en asuntos que afectan tan esencialmente a una persona como la decisión de engendrar un hijo. (...) El razonamiento de la Corte Suprema en Griswold era que las decisiones que afectan al matrimonio y la maternidad son de un carácter tan íntimo y personal que se les debe dejar libertad a los individuos para tomar esas decisiones por sí mismos."

816

La Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos provee una amplia definición de ciudadanía nacional, que anula la decisión de Dred Scott contra Sandford (1857), que había excluido a los esclavos y sus descendientes de poseer derechos constitucionales. Requiere que los estados provean de una protección igualitaria ante la ley a todas las personas. En este sentido véase IAN SAPHIRO, en: IAN SAPHIRO/DE LORA/TOMÁS Y VALIENTE, La Suprema Corte de los Estados Unidos y el aborto, 2009, 22 y n. 13. En esta línea CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, El debate, 2012, 140, n. 36: "(...) Hoy resulta pacífico entender que el derecho a la intimidad se residencia en la XIV Enmienda a través de la cláusula del Due Process, en tanto que tutela los derechos básicos inherentes al concepto de libertad. No obstante, como señala R. DWORKIN, el derecho a la autonomía procreativa, del cual se sigue el derecho al aborto, podría fundamentarse en otras prescripciones de la Constitución. Por ejemplo, y en entre otros anclajes constitucionales, en la cláusula de igual protección, pues, como irónicamente

La Corte trata el aborto de modo distinto, dependiendo del momento en que sea practicado. Para ello divide el proceso normal de la gestación en tres trimestres, determinando claramente las limitaciones que se le pueden imponer a la mujer embarazada para abortar en cada uno de estos periodos.

Antes de que se cumplan los primeros 3 meses de gestación, el Tribunal prepondera el derecho a la intimidad de la mujer embarazada, otorgándole la posibilidad de decidir, junto con el médico que la atiende, sobre la continuación o no de su embarazo, disponiendo que no habrá interferencia alguna sobre la decisión de la mujer, ni el Estado podrá disponer medidas que dificulten o limiten el ejercicio de este derecho constitucional. De este modo, durante el primer trimestre del embarazo, el aborto no podría ser regulado en absoluto, en tanto sería la mujer quien libremente decidiese durante dicho período si abortar o continuar con su embarazo.⁸¹⁷

Durante el segundo trimestre del embarazo, la Sentencia mantiene su declaración de prioridad de los derechos de la mujer, pero esta vez limitando la preponderancia de los mismos a casos y condiciones concretas en que pueda tener lugar el interés del Estado por promover y proteger la salud de las mujeres embarazadas.⁸¹⁸ Es decir, Antes del momento de viabilidad y pasados los 3 primeros meses de embarazo, el aborto podía ser regulado sólo en beneficio de la salud de la madre.

Y por último, durante la etapa subsiguiente a la viabilidad fetal, la Sentencia dispone que el Estado, en la promoción de su interés en la potencialidad de la vida humana, puede, si así lo decide, regular e incluso prohibir el aborto, excepto cuando la interrupción

afirma, hay que huir de la tendencia que algunos constitucionalistas muestran por la pulcritud: quieren derechos organizados sólo bajo cláusulas constitucionales que no se superpongan, como si la redundancia fuese un vicio constitucional.”

817

Cfr. IAN SHAPIRO, *Doxa*, núm. 31, 2008, 442.

818

Interesa resaltar la valiosa observación que hace CUERDA ARNAU sobre esta cuestión, sobre la diferencia entre el planteamiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos (Roe) y el planteamiento adoptado por otros Tribunales Constitucionales europeos, incluido el caso español (STC 53/1985). Me refiero a las limitaciones que puedan imponerse a la mujer embarazada para abortar durante el segundo trimestre. En el caso estadounidense, se entienden derivadas del interés del Estado en preservar el derecho a la salud de la mujer embarazada, y no en el interés del Estado por salvaguardar la vida del *nasciturus* como sucede en los planteamientos acogidos por algunos Tribunales Constitucionales europeos. Véase CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 142, n. 38.

del embarazo sea necesaria, según el apropiado criterio médico, para preservar la vida o la salud de la mujer embarazada. De este modo, a partir de que el *nasciturus* adquiere la capacidad de vivir de manera independiente a la madre (viabilidad fetal), la Corte Suprema estadounidense cambia su planteamiento respecto a las limitaciones que puedan imponerse a la mujer embarazada para abortar, abandonando la prioridad de los derechos de las mujeres embarazadas, pasando a dar preponderancia al interés del Estado en tutelar la vida humana prenatal en su estadio más avanzado. Determina así que el Estado puede entonces prohibir el aborto, incluso a través del Derecho penal, salvo cuando la interrupción del embarazo es precisa para evitar un peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada.⁸¹⁹ Como señala IAN SAPHIRO, la Corte Suprema reconoce el interés del Estado en la defensa de la vida humana potencial, pero limitándolo, y de hecho, subordinándolo al derecho de la mujer a abortar, incluso después del momento de la viabilidad, siempre que se cumplan determinadas condiciones.⁸²⁰

Respecto a la cuestión de si el feto es una persona o no, este Tribunal ha sido tajante. Esta sentencia afirma que, si bien la Constitución estadounidense no ofrece un concepto de persona, cada vez que hace referencia a la misma, en diferentes partes del texto constitucional, alude a los ya nacidos, no existiendo razón alguna para poder llegar a considerar lo contrario, y por tanto, al feto no le corresponde la protección que la Decimocuarta Enmienda de la Constitución estadounidense otorga a los ya nacidos frente a terceros o al propio Estado, a efectos de sus derechos fundamentales, entre los que se encuentra el derecho a la vida. En este punto, claramente la Corte Suprema de los Estados Unidos no tiene en cuenta el debate público sobre el aborto, que gira en torno a la discusión de si el feto es una persona o no, sino que más bien, desligándose de dicha discusión social, se desliga de la posición según la cual la Constitución debería considerar al feto como una persona.⁸²¹ En cualquier caso, antes de esta Sentencia ningún estado de los Estados Unidos había considerado nunca al feto persona en sentido jurídico, de

819

Al respecto véase 410 U.S. 113 (1973), 164 y sig.

820

IAN SAPHIRO, en: IAN SAPHIRO/DE LORA/TOMÁS Y VALIENTE, La Suprema Corte de los Estados Unidos y el aborto, 2009, 24.

821

Véase al respecto IAN SAPHIRO, en: IAN SAPHIRO/DE LORA/TOMÁS Y VALIENTE, La Suprema Corte de los Estados Unidos y el aborto, 2009, 17 y sigs. y n. 8. Puntualícese en el voto particular disidente del Juez Rehnquist en el caso Roe, donde este Juez dice tener dudas respecto a la superación de un control de constitucionalidad de leyes que prohíban el aborto bajo cualquier circunstancia (410 U.S. 1973, 173).

hecho, incluso los jueces y analistas jurídicos que argumentaban que esta Sentencia es inconstitucional, con todo no eran partidarios de esta opinión.

En conclusión, sean cuales sean los fundamentos jurídicos de esta Sentencia para reconocer el derecho al aborto de las mujeres, en Roe la Corte Suprema va más allá de declarar la inconstitucionalidad de una ley de Tejas que prohibía el aborto de manera absoluta, pues lo que realmente hizo la Corte estadounidense fue crear una ley federal sobre el aborto. De esta manera, la Corte Suprema mina su propia legitimidad, extralimitándose en el papel que le corresponde en el orden constitucional democrático, actuando como un auténtico legislador positivo. Si bien es evidente que en algunos casos es importante que la Corte dé un paso adelante a fin de lograr reformas exigidas por la Constitución, cuando ese paso adelante avanza demasiado puede producir una desobediencia que menoscaba la legitimidad democrática de la Corte Suprema. Lo correcto habría sido que la Corte Suprema hubiese declarado inconstitucional la ley de Tejas sobre el aborto, sin proceder a desarrollar y aplicar el esquema trimestral de Blackmun, sentando las bases y algunos límites de acción de las asambleas legislativas en materia de regulación del aborto, pero sin involucrarse directamente en el diseño de esa ordenación.

En cualquier caso, Roe pone fin a diversos planteamiento puestos en marcha en diferentes estados de los Estados Unidos para liberalizar las leyes sobre el aborto,⁸²² una cuestión que indudablemente contribuyó a producir el resultado de Roe.

1.2. La evolución de la jurisprudencia constitucional sobre el aborto voluntario en Estados Unidos

La Sentencia Roe contra Wade (1973) no logró poner fin a la polémica que existía en torno al aborto en Estados Unidos, ni siquiera a nivel interno de la Corte Suprema. Así, otras sentencias posteriores fueron introduciendo modificaciones al derecho constitucional de la mujer a abortar creado en Roe, modificando poco a poco la jurisprudencia constitucional estadounidense, sin ofrecer un criterio constante sobre el aborto. De ahí que precedentemente se indicara que a partir de Roe la tendencia del TC de los Estados Unidos ha sido restrictiva.

⁸²²

Por ejemplo, entre 1967 y 1973 en 19 estados de los Estados Unidos fueron aprobadas leyes que ampliaban los motivos que permitían el aborto, de manera que el aborto era entonces un tema discutido abiertamente y de manera muy intensa en la sociedad estadounidense.

Incluso hoy, la discusión jurídica del aborto en Estados Unidos sigue siendo un tema que suscita polémica y sobre el cual se sigue pretendiendo la restricción del alcance de la Sentencia Roe contra Wade.⁸²³

Como señala IAN SHAPIRO, los polémicos debates que causa en Estados Unidos la controversia del aborto, y que enfrentan el derecho a la vida contra la decisión de la mujer sobre su maternidad, se deben a los conflictos que suscita el rol de las mujeres en la sociedad estadounidense, el controvertido status de valores tradicionales y familiares y el lugar que la religión ocupa en la política estadounidense. A nivel interno, entiende que el debate es el resultado de la manera en que Roe fue decidido, de la misma forma que del argumento de la intimidad sobre el que se basó la Sentencia, en parte, por el carácter radical de la *ratio decidendi* (*holding*) de Roe⁸²⁴, y en parte, por el hecho de que el derecho a la intimidad no está explícitamente mencionado en la Constitución.⁸²⁵

a) Sentencia Doe contra Bolton

La Sentencia Doe contra Bolton⁸²⁶ fue dictada por la Corte Suprema de los Estados Unidos el mismo día que la Sentencia Roe contra Wade (1973),⁸²⁷ invalidando esta vez

⁸²³ Sobre la actual política legislativa sobre el aborto en los Estados Unidos, véanse los apuntes realizados por CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 154 y sigs.

⁸²⁴ En este sentido IAN SAPHIRO, en: IAN SAPHIRO/DE LORA/TOMÁS Y VALIENTE, *La Suprema Corte de los Estados Unidos y el aborto*, 2009, 23, n. 13: "(...) [El término *holding*, común en el lenguaje jurídico del Derecho anglosajón, alude a los elementos o consideraciones esenciales de la decisión jurídica que fundamentan lo resuelto (proviene de "we hold that", sostenemos que...). La noción de *ratio decidendi* del caso es seguramente la equivalencia más aproximada al término inglés en nuestra cultura jurídica N. de la T.]"

⁸²⁵ En este sentido IAN SAPHIRO, en: IAN SAPHIRO/DE LORA/TOMÁS Y VALIENTE, *La Suprema Corte de los Estados Unidos y el aborto*, 2009, 54 y sig.

⁸²⁶ 410 U.S. 179 (1973). Sandra Cano, que adoptó el pseudónimo de Mary Doe para proteger su identidad, tenía 22 años en 1970 y estaba embarazada de 9 semanas de su cuarto hijo, después de haber perdido la custodia de los 2 primeros y dado en adopción al tercero. Doe demandó al fiscal general de Georgia, Arthur K. Bolton, como responsable de aplicar la ley que prohibía el aborto en Georgia en la mayoría de los casos. Los razonamientos y discusiones relativas a esta Sentencia siguieron la misma dirección que las de Roe, de ahí que conjuntamente, Roe y Doe declararon el aborto como un derecho constitucional de los Estados Unidos, derogando la mayor parte de las leyes estadounidenses contrarias al aborto.

⁸²⁷ El 22 de enero de 1973.

una ley de Georgia que autorizaba el aborto únicamente en casos de violación, malformación severa del feto o riesgo mortal o grave para la salud de la madre.⁸²⁸

Lo importante de esta Sentencia radica en la definición ilimitada del término “salud materna” que ofrece, la cual hace referencia al bienestar de la paciente, circunscribiendo a tales efectos factores físicos, emocionales, psicológicos, familiares, e incluso, la edad de la mujer embarazada. Y dado que en Roe se autorizaba el aborto incluso a partir de la viabilidad fetal, cuando existía riesgo para la vida o la salud de la madre, dictaminado por un médico, la doctrina de Doe significó la legalización completa del aborto hasta el noveno mes,⁸²⁹ permitiendo los abortos hasta el momento del parto por riesgo para la salud materna.

b) Sentencias Planned Parenthood of Central Missouri contra Danforth, Belloti contra Baird, H. L. contra Matheson, Hodgson contra Minnesota y Ohio contra Akron Center for Reproductive Health

En 1976 la Corte Suprema dictaba la Sentencia Planned Parenthood of Central Missouri contra Danforth.⁸³⁰ La notoriedad de esta Sentencia reside en las dos prohibiciones que hace a los distintos estados. Por una parte, les niega la facultad de conceder a los maridos el veto sobre la decisión de sus esposas de abortar, y por otra parte, establece que a los padres de niñas menores de edad solteras, no se les puede conceder un veto absoluto sobre los abortos de sus hijas.

En lo que respecta a la regulación del derecho al aborto de las menores de edad, más tarde acaecen otras Sentencias significativas. En 1979, la Sentencia Belloti contra Baird⁸³¹ (mayoría de 8 contra 1), declara que los estados pueden exigir que una embarazada menor de edad y soltera obtenga el consentimiento de sus padres para el aborto, siempre y cuando se establezca un procedimiento judicial alternativo a la obtención de tal consentimiento, que permita a la menor de edad requerir la autorización

⁸²⁸ Esta Ley disponía importantes restricciones a la hora de abortar. Por ejemplo el sometimiento a un procedimiento, mediante el cual el aborto debía ser autorizado por escrito, por tres médicos y por un comité especial del personal del hospital correspondiente; además de prever el aborto únicamente para las residentes en Georgia.

⁸²⁹ Efectivamente, esta Sentencia establece que una mujer puede abortar tras el límite de viabilidad del feto, si ello es necesario para proteger su salud.

⁸³⁰ 428 U.S. 476 (1976).

⁸³¹ 428 U.S. 132 (1979).

del juez en lugar del consentimiento de sus padres.⁸³² En 1981, la Sentencia H.L. contra Matheson⁸³³ (mayoría de 6 contra 3), ratificó la constitucionalidad de una ley de Utah⁸³⁴ que requería, de ser posible, que los padres o tutores de una menor de edad soltera fuesen notificados por el médico antes de la realización del aborto, confirmando una sentencia de la Corte Suprema de Utah. Explica que los estados pueden requerir a los médicos que atienden a menores de edad que aún están bajo la custodia de sus padres o tutores, y no presentan la madurez necesaria para decidir sobre su aborto por ellas mismas, que informen a sus padres antes de practicarles el aborto, pudiendo enfrentarse incluso a sanciones penales. Posteriormente, en 1990, dos sentencias se ocuparon de la notificación a los padres de menores de edad en caso de aborto: Ohio contra Akron Center for Reproductive Health⁸³⁵ (mayoría de seis contra tres), que respaldó una ley estatal que obligaba a notificar al menos a uno de los padres de la menor de edad, estableciendo conjuntamente una vía judicial alternativa para requerir la autorización del juez en lugar del consentimiento de uno de los padres; y Hodgson contra Minnesota⁸³⁶ (mayoría de cinco contra uno), que derogó la obligación de notificación a ambos padres, afirmando que las familias monoparentales eran comunes en ese Estado y que dentro del mismo una menor de edad a menudo sólo necesitaba el permiso de uno de los padres para ciertas necesidades de salud.⁸³⁷

c) Sentencias Maher contra Roe y Harris contra McRae

Contrariamente al progreso que supuso el reconocimiento del derecho constitucional de la mujer al aborto, conseguido en Roe y Doe, la Corte Suprema comienza a limitar dicho derecho, mediante restricciones a su financiamiento. Así, en 1977 la Corte Suprema dicta la Sentencia Maher contra Roe⁸³⁸, en la que señala que los estados no tienen una

⁸³² Un resumen de la doctrina de estas Sentencias lo ofrece CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, El debate, 2012, 144 y sig.

⁸³³ 430 U.S. 398 (1981).

⁸³⁴ Utah Code Ann. § 76-7-304.

⁸³⁵ 497 U.S. 502 (1990).

⁸³⁶ 497 U.S. 417 (1990).

⁸³⁷ Cfr. IAN SHAPIRO, Doxa, núm. 31, 2008, 444.

⁸³⁸ 432 U.S. 464 (1977).

obligación constitucional de pagar por abortos “no terapéuticos”.⁸³⁹ Y más tarde, en 1980, dicta la Sentencia Harris contra McRae,⁸⁴⁰ ampliando el criterio acordado en Maher, en tanto dispuso que incluso cuando se trate de abortos “terapéuticos” o médicamente necesarios, que las mujeres busquen practicarse por su bienestar, ni los estados ni el gobierno federal, se encuentran bajo ninguna obligación constitucional de proveer el financiamiento público de los mismos.

d) Sentencias City of Akron contra Akron Center for Reproductive Health, Planned Parenthood Association of Kansas City, Missouri contra Ashcroft, y Simopoulos contra Virginia

Mediante estas tres Sentencias del año 1983⁸⁴¹, por una votación de seis contra tres, la Corte Suprema añadió otras limitaciones para los estados a la hora de regular en materia de aborto. Les niega la facultad de exigir que las mujeres con más de 3 meses de embarazo practiquen sus abortos en un hospital, y deja sin efecto las regulaciones que, entre otras cuestiones, imponían un período de espera de 24 horas entre el otorgamiento del consentimiento dado por escrito para abortar y la realización de la intervención abortiva.⁸⁴²

⁸³⁹ En Maher, el debate versaba sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad (discriminación) de cierta disposición de una ley de Connecticut, según la cual el aborto era gratuito únicamente cuando concurrían ciertas circunstancias. No obstante, la Corte Suprema consideró que la cláusula de igual protección no exigía al Estado pagar los gastos de un aborto “no terapéutico”, en la medida en que resultaba legítimo que pagase los gastos del parto. Añadía esta Sentencia que se trataba de una medida de política legislativa, a partir de la cual el Estado de Connecticut había optado por dar más importancia a los nacimientos, lo cual resultaba legítimo, lo mismo que poder decidir la inclusión o exclusión de la prestación abortiva en la asistencia médica pública, en tanto esta decisión no era una cuestión a la que le obligue la Constitución. En este sentido CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, El debate, 2012, 143 y sig.

⁸⁴⁰ 448 U.S. 297 (1980).

⁸⁴¹ 462 U.S. 416, 462 U.S. 476 y 462 U.S. 506 (1983).

⁸⁴² Al respecto véase IAN SHAPIRO, Doxa, núm. 31, 2008, 443: “Tres años más tarde (esta vez por una votación de cinco contra cuatro, que reflejaba el giro conservador de la Corte Suprema que para entonces ya había comenzado) una mayoría simple dejó sin efecto las regulaciones de Pennsylvania que habían exigido a los doctores informar a las mujeres que desean que se les practique un aborto sobre los riesgos potenciales y sobre las facilidades disponibles para el cuidado prenatal y para el parto. En 1987, los jueces se dividieron cuatro contra cuatro en Hartigan vs. Zbaraz, dejando en consecuencia en pie una decisión de un tribunal inferior que invalidaba una ley de Illinois que podría haber restringido el acceso de algunas adolescentes al aborto.”

e) Sentencia Webster contra Reproductive Health Services

En 1989, la Corte Suprema de los Estados Unidos dictó la Sentencia Webster contra Reproductive Health Services,⁸⁴³ una resolución muy importante al ser el primer intento de revocación de la doctrina de Roe, que reconoció a las mujeres el derecho a abortar con base en el análisis trimestral expuesto anteriormente.

En términos generales esta Sentencia respaldaba la constitucionalidad de una ley de Missouri (Missouri v Statutes 188.029- 1986), la cual, sin establecer mayores limitaciones al derecho a abortar reconocido en Roe, afirmaba que la vida de cada ser humano comienza con la concepción, defendiendo la necesidad de tutelar la vida del feto y la existencia de intereses propios del *nasciturus*, al mismo tiempo que instaba al médico para determinar la viabilidad fetal antes de realizar un aborto, cuando tuviese razones para creer que la mujer estaba embarazada de 20 semanas o más,⁸⁴⁴.

Lo realmente importante de esta resolución es el ataque que la mayoría de la Corte Suprema realizó contra la doctrina de Roe, a pesar de no llegar a revocarla. La reflexión del juez Blackmun en Roe (el Estado tiene un interés en la vida humana “potencial”), es utilizada por el juez Rehnquist en Webster, sobrepasando los límites para los que había sido establecida.⁸⁴⁵ Rehnquist -en un voto también firmado por Kennedy y White-, rechazaba el esquema trimestral de Roe, formulando que no veía por qué el interés del Estado en proteger la vida potencial debía comenzar a partir de la viabilidad fetal, sin entender la existencia de una línea rígida que permita la regulación estatal del aborto

⁸⁴³ 492 U.S. 490 (1989).

⁸⁴⁴ La Corte Suprema reconoce que los Estados Unidos pueden valorar de modo distinto tanto el “*right of privacy*” como la vida prenatal, en tanto permite al Estado de Missouri incluir en la Ley la fórmula “la vida de cada ser humano comienza con la concepción”.

⁸⁴⁵ En este sentido véase IAN SHAPIRO, *Doxa*, núm. 31, 2008, 445: “Que algunas de las propias formulaciones de Blackmun en Roe puedan ser usadas para socavar su resultado en Webster es característico de la manera fortuita en que la interpretación constitucional a menudo evoluciona en el tiempo. Quizás este mismo hecho debería haber alertado a Blackmun de la posibilidad de que quizá no todo estuviera perdido desde su punto de vista. Aunque el esquema trimestral de Roe había sido echado por la borda y una mayoría en la Corte Suprema había abrazado la idea de que el Estado puede afirmar un interés en proteger la vida humana «potencial» aun antes del punto en el cual un feto es viable, esto no necesariamente significaba que la protección constitucional del derecho de la mujer al aborto en breve acabaría, junto al esquema trimestral, en los anales de la historia constitucional. Ahora todo giraría en torno a cuál resulta ser la naturaleza del interés estatal en la vida potencial. Hasta que esto no fuese determinado, cuál sería el impacto de Webster sobre el derecho constitucionalmente protegido de la mujer al aborto simplemente no podría ser conocido. Esto permanecería poco claro durante casi tres años.”

después de la viabilidad pero que la prohíba antes de la misma.⁸⁴⁶ Por su parte el juez Scalia solamente refutaba que no se fuese más lejos hasta revocar explícitamente la doctrina de Roe.

La jueza O'Connor no se sumó a esta mayoría, a pesar de haber mostrado su oposición al esquema trimestral de Roe años antes.⁸⁴⁷

De este modo -como declaraba el juez Blackmun en su voto disidente también firmado por Brennan y Marshall-, con esta decisión mayoritaria se invita implícitamente a dictar más leyes restrictivas del aborto para provocar más casos que hayan de estar sometidos a examen, con la expectativa de que finalmente la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a abortar regrese a las rigurosas prohibiciones que prevalecían antes de la Sentencia del caso Roe de 22 de junio de 1973. Blackmun finalmente lamentaba que los votantes de la mayoría en Webster descontaran así un caso que constituyó un hito fundamental para la última generación estadounidense, afectando las esperanzas y anhelos de todas y cada una de las mujeres que habían llegado a entender que la Constitución les garantizaba su Derecho a ejercitar algún control sobre su capacidad única de sacar adelante un embarazo.⁸⁴⁸

f) Sentencia Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania contra Casey

En 1992, la Corte Suprema dictó la Sentencia Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania contra Casey,⁸⁴⁹ cuya importancia reside en que confirma la doctrina de Roe, apartándola de su base de análisis trimestral y vinculándola en su lugar a una nueva noción de “cargas indebidas”.

En este caso la Corte Suprema debía pronunciarse sobre la constitucionalidad de cinco disposiciones de la Pennsylvania Abortion Control Act de 1982: la primera disposición requería que las mujeres casadas que deseaban abortar firmasen un documento en el que manifestaran haber informado de su decisión a su marido; la segunda exigía al Estado suministrar a la mujer información concreta al menos 24 horas

⁸⁴⁶ 492 U.S. 490 (1989), 518 y sig.

⁸⁴⁷ Véase el voto disidente de la jueza O'Connor en Thornburgh contra American College of Obstetricians and Gynecologists, 476 U.S. 747 (1985), 828.

⁸⁴⁸ 492 U.S. 490 (1989), 538 y 557.

⁸⁴⁹ 497 U.S. 417 (1992).

antes de la práctica del aborto; la tercera requería a las mujeres menores de edad contar con el consentimiento de uno de sus padres, excepto cuando optasen por un procedimiento judicial sustitutorio creado al efecto; la cuarta definía la urgencia médica como excusa de cumplimiento de los anteriores requisitos; y la quinta que preveía la obligación de suministrar información a los órganos e instituciones donde se practican abortos. Observaciones

La Ley del aborto de Pennsylvania no prohibía la interrupción del embarazo. Estrictamente se ocupaba de regular el aborto respetando en todo momento el derecho de las mujeres a abortar en los términos reconocidos en Roe. De ahí que esta Sentencia reconociera la constitucionalidad de cuatro de las cinco disposiciones legales sometidas a control, invalidando la primera (requerir a las mujeres casadas la firma de un documento donde manifestaran haber informado sobre su decisión de abortar a sus maridos). Dicha invalidación constitucional se realiza en virtud de la nueva noción de las cargas indebidas, como límite para los Estados en cuanto la Sentencia les reconoce expresamente la posibilidad de adoptar medidas tendentes a promover la continuación del embarazo.⁸⁵⁰

Dicho esto, cabe precisar que lo realmente trascendental de esta Sentencia es el cambio de planteamiento que realiza la Corte Suprema sobre el Derecho a abortar reconocido en Roe, y no así el pronunciamiento sobre la constitucionalidad de las disposiciones legales de la Ley del aborto de Pennsylvania. Esta vez la Corte Suprema reconoce expresamente el interés del Estado en proteger la vida prenatal, incluso antes de la viabilidad fetal, confirmando explícitamente el derecho de las mujeres a abortar en los mismos supuestos reconocidos en Roe.⁸⁵¹ Igualmente, acepta que los Estados puedan

850

Esta Sentencia entendió por carga indebida, aquella que puede constituir un impedimento importante para la mujer que ha decidido abortar antes de que el feto alcance la viabilidad. Asimismo, consideró que las diversas disposiciones de la Ley de Pennsylvania podían superar el test de constitucionalidad, salvo la primera, entendida como una imposición para algunas mujeres que podrían verse obligadas a enfrentarse a un marido violento, en la medida en que sean víctimas de violencia física o psicológica por parte de éste, en cuyo caso, naturalmente tendrían razones suficientes para no querer informar a su marido de su decisión de abortar. Como bien apunta IAN SHAPIRO, el razonamiento de la Corte Suprema, que hace distinguir una carga indebida, no es del todo comprensible teniendo en cuenta la claridad con que la Corte Suprema declaró la carga indebida en el supuesto de requerir a las mujeres casadas la firma de un documento donde manifestaran haber informado sobre su decisión de abortar a sus maridos, y no así respecto al período de espera de 24 horas. En este sentido IAN SHAPIRO, *Doxa*, núm. 31, 2008, 449.

851

Cabe citar las observaciones realizadas por IAN SHAPIRO sobre este extremo de la Sentencia. Véase IAN SHAPIRO, *Doxa*, núm. 31, 2008, 447: "Como resultado, declarando que «[la] libertad no encuentra protección en una jurisprudencia errática»⁴³, la mayoría simple invocó la doctrina del *stare decisis*, doctrina que descansa en la idea de

adoptar medidas tendentes a promover la continuación del embarazo, siempre y cuando las mismas no resulten una carga indebida, entendiéndose como tal, aquella que por sus propósitos o efectos pueda constituir un obstáculo significativo para la mujer que ha decidido abortar antes de que el feto alcance la viabilidad. Establece de este modo un límite para los Estados a la hora de ejercitar la potestad de adoptar medidas para promover la continuidad de la gestación. De esta manera la Sentencia dilucida dos cuestiones importantes que habían creado enorme confusión a partir del caso Webster contra Reproductive Health Services. En primer lugar, confirma expresamente el derecho a abortar en los términos de Roe (aclarando que la Constitución garantiza a las mujeres dicho derecho y que ningún estado puede destruirlo), de modo que no se deba entender rechazado íntegramente el razonamiento del juez Blackmun en Roe (que había situado la protección constitucional del derecho a abortar en el derecho a la intimidad entendido como derivado de la Cláusula del Proceso con todas las garantías). Y en segundo lugar, revela que naturalmente el interés estatal en proteger la vida “potencial”, debe de ser visto como subordinado al derecho a abortar como derecho constitucionalmente protegido, de modo que a partir de la viabilidad fetal la potestad de los Estados de prohibir el aborto quedará doblegada ante situaciones de peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada en virtud del interés del Estado por proteger la vida potencial.⁸⁵²

que «ningún sistema judicial podría hacer su trabajo en la sociedad si considerara desde cero cada cuestión en todos y cada uno de los casos en que aparece» y, consecuentemente, una vez que una decisión pasa a formar parte del Derecho en el cual la gente ha llegado a confiar, no debería ser derribada a la ligera. El *stare decisis* no es un «mandato inexorable» que oblique a ver como vinculante todo precedente, y podría ser razonablemente ignorado si una regla se ha «presentado como intolerable simplemente por desafiar la viabilidad práctica», si es «objeto de una especie de confianza que conferiría un carácter especialmente dificultoso a las consecuencias de revocarla y agregaría inequidad a los costos del rechazo», o si «los hechos han cambiado tanto o llegan a ser vistos de modo tan diferente, como para haberle quitado de modo significativo a la antigua regla aplicación o justificación». Pero la mayoría simple sostuvo que ninguna de estas consideraciones se aplicaban en el caso de *Roe*, por eso éste debería seguir siendo vinculante, sin que «sea necesario decir que cada uno de nosotros de haber sido miembros de la Corte Suprema cuando la valoración de los intereses del Estado (en proteger la vida potencial) llegó ante ella como una cuestión nueva, hubiera concluido, como la Corte Suprema de *Roe* lo hizo, que su peso es insuficiente para justificar una prohibición sobre los abortos realizados antes de la viabilidad aun cuando esté sujeta a ciertas excepciones»⁴⁵. Apelando a este razonamiento, la mayoría simple en *Casey* sostuvo que una mujer tiene un derecho protegido constitucionalmente a que se le practique un aborto hasta el momento de la viabilidad del feto, y después de ese momento, los Estados tienen el poder para «restringir los abortos», siempre que la ley contenga «excepciones para los embarazos que hacen peligrar la vida o la salud de la mujer».

852

Para IAN SHAPIRO esta cuestión podría suscitar un obstáculo importante para el poder de prohibición de los estados, teniendo en cuenta cuán extensamente se defina el término salud y el hecho de que generalmente sea un

Por último, cabe precisar la cierta contradicción en que incurre esta Sentencia al confirmar por una parte el derecho a abortar reconocido en Roe (como derecho de las mujeres a decidir de manera libre y autónoma sobre su maternidad en los términos allí descritos), y por otra parte, abandonar expresamente el análisis trimestral y reconocer el interés del Estado por proteger la vida potencial, incluso antes de la viabilidad, en tanto faculta a los Estados para promover la continuidad de la gestación con la única limitación de la “carga indebida”. Y esto es así, porque el límite de la carga indebida supone que los Estados pueden influir en la decisión final de la mujer durante los meses anteriores a la viabilidad fetal. Así lo dispone la Sentencia al señalar que “lo que está en juego” aquí “es el derecho de la mujer a tomar la última decisión y no el derecho a ser aislada de los demás al adoptarla”. Lo mismo cuando la Sentencia aclara que mientras el propósito o el efecto de las medidas creadas por los Estados para promover la continuación de la gestación no suponga una “carga indebida” como “obstáculo sustancial” para la decisión de la mujer sobre el aborto, estará permitido que los Estados intenten conseguir que las mujeres reflexionen sobre su decisión o incluso les anime para que reconsiderar otras opciones distintas a interrumpir su embarazo.⁸⁵³

g) Sentencia Stenberg contra Carhart

Después de Casey en 1992, la Corte Suprema estuvo sin pronunciarse sobre el aborto durante 8 años, hasta el año 2000 cuando dictó la Sentencia Stenberg contra Carhart.⁸⁵⁴

En esta ocasión, la Corte Suprema declaraba (con una disputada mayoría de cinco contra cuatro votos) la inconstitucionalidad de una Ley de Nebraska (Neb. Rev. Stat. Ann. (§28-328, 1999), que elevaba a la categoría de delito el procedimiento abortivo denominado por la misma como “nacimiento parcial”, con la salvedad de que estuviese en peligro la vida de la madre.

La Ley definía el “nacimiento parcial” como “un procedimiento abortivo en el cual la persona que lo está practicando extrae vaginalmente una parte del niño no nacido y

médico elegido por la mujer embarazada quien determine si la salud de la mujer se encuentra amenazada por la continuación del embarazo. Cfr. IAN SHAPIRO, *Doxa*, núm. 31, 2008, 447 y sig.

⁸⁵³ 505 U.S. 833 (1992), 2818 y 2821.

⁸⁵⁴ 530 U.S. 914 (2000).

todavía vivo, antes de darle muerte y completar la extracción”. La Sentencia señala este método con la abreviatura D&X, que significa dilatación y extracción.⁸⁵⁵

La Corte Suprema declara inconstitucional la Ley del aborto de Nebraska, por carecer de una excepción para el caso de que se viera afectada la salud de la madre. Indicaba la Sentencia que ninguna Ley sobre el aborto podía impedir la interrupción del embarazo, por éste o por otro método abortivo, cuando el aborto era ineludible para salvaguardar no sólo la vida de la madre sino también su salud, rechazando de plano los argumentos que no consideraban precisa esta excepción (peligro para la salud de la madre), por existir otros métodos abortivos igualmente seguros.

Una de las cuestiones más discutidas en este caso fueron los riesgos relativos a las diferentes técnicas abortivas, y naturalmente, los peligros propios del procedimiento D&X, cuya prohibición se perseguía en este proceso.⁸⁵⁶ Los contrarios a la Ley de Nebraska defendían que el método D&X, en comparación con otros procedimientos alternativos, era el más seguro para la madre en determinados casos, por ejemplo cuando existían fetos inviables, las mujeres tenían cicatrices uterinas anteriores o el parto inducido era especialmente peligroso para la madre. Esto provocó que entre la mayoría y los disidentes se discutiera además el carácter de la prueba que determina la idoneidad del procedimiento D&X, como el método más seguro disponible en ciertas circunstancias (en cuyo caso correspondería protegerlo a través de la excepción del peligro para la salud de la madre). Finalmente esta cuestión quedó imprejuizada. No obstante, la mayoría declaró que en cualquier caso la falta de la excepción de peligro para la salud de la madre, convertía en inconstitucional la Ley, en tanto no podía descartarse que el método D&X fuese el procedimiento abortivo más seguro en ciertas circunstancias.

También se declaró la inconstitucionalidad de esta Ley en virtud de la amplitud e imprecisión de la definición de “nacimiento parcial” que ofrecía la misma. Se creyó que a

855

Una descripción clara de este y otros métodos abortivos se puede ver en CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 148 y sig., n. 50.

856

El método D&X es poco frecuente, siendo utilizado especialmente en abortos tardíos donde el método de dilatación y evacuación (D&E) ya no resulta efectivo por el avanzado estado de gestación o bien porque el feto no se encuentra posicionado cabeza abajo. La técnica consiste en tirar del cuerpo del feto a través del cuello del útero, destruyendo el cráneo y extrayendo posteriormente el feto a través del cuello del útero. En este sentido véase IAN SHAPIRO, *Doxa*, núm. 31, 2008, 450.

partir de esta enunciación se podía concebir al procedimiento de la dilatación y evacuación (D&E) comprendido en la técnica D&X, teniendo en cuenta que durante la realización del primero, en ciertas circunstancias el médico se ve en la necesidad de arrastrar, a través del cuello uterino, una parte del feto aún vivo antes de causarle la muerte. De este modo se razonó que los médicos que practicasen un aborto mediante D&E podían temer verse inmersos en la comisión de un delito, lo cual imponía una carga indebida al derecho de la mujer a abortar.⁸⁵⁷

h) Sentencia Gonzalez contra Carhart

En el año 2007, la Corte Suprema dictó la Sentencia Gonzalez contra Carhart,⁸⁵⁸ relativa al procedimiento abortivo denominado nacimiento parcial, que había sido debatido en Stenberg siete años antes. Concretamente, declaró la constitucionalidad de la Ley de prohibición del aborto por nacimiento parcial⁸⁵⁹, revocando la decisión de ciertos tribunales federales inferiores⁸⁶⁰ y revirtiendo la doctrina de Stenberg.⁸⁶¹

La Ley federal de prohibición del aborto por nacimiento parcial, había sido promovida con el propósito de resolver los problemas que la Corte Suprema había identificado en la Ley de Nebraska en Stenberg, es decir, la excesiva amplitud del

857

En lo que concierne a los abortos realizados antes de la viabilidad fetal, cabe precisarse que en Casey se había mantenido que, antes de dicha viabilidad, las regulaciones sobre el aborto no debían poner cargas indebidas sobre el derecho de una mujer a abortar, de manera que la Ley discutida podía interpretarse de modo que contuviera el método D&E o el procedimiento D&X. Pero en Stenberg, la Corte Suprema aplicó el test de la carga indebida de Casey por hallar deficiente a la Ley en tanto el método D&E es visto como más seguro que las alternativas disponibles para abortos anteriores a la viabilidad realizados entre las 12 y 20 semanas de gestación. En este sentido IAN SHAPIRO, *Doxa*, núm. 31, 2008, 450.

858

550 U.S. 124 (2007).

859

La Ley de prohibición del aborto por nacimiento (Partial-Birth Abortion Ban Act of 2003) es una ley federal, promulgada el 5 de noviembre de 2003, siendo Presidente de los Estados Unidos George W. Bush. Cuando los republicanos tomaron el control de ambas cámaras del Congreso en 1994, se activaba la lucha por el derecho al aborto en la política estadounidense. Ya en 1996 y 1997, la Casa Blanca y el Senado habían sancionado prohibiciones del aborto por nacimiento parcial, que luego resultaron vetadas por el Presidente Bill Clinton.

860

Esta Ley generó ineludibles procesos judiciales donde ciertos tribunales federales inferiores declararon no estar convencidos por la misma (Tribunales de Distrito en California v Nebraska), siendo sus decisiones posteriormente ratificadas por los Tribunales de Apelación de los Circuitos Octavo y Noveno en 2005 y 2006.

861

La Sentencia Gonzales contra Carhart, reflejó parcialmente los cambios que había sufrido la conformación de la Corte Suprema. La jubilación de la jueza O'Connor y la muerte del juez Rehnquist en 2005, y su reemplazo por el juez Alito y como Presidente de la Corte Suprema el juez Roberts. Véase IAN SHAPIRO, *Doxa*, núm. 31, 2008, 452.

concepto de aborto por nacimiento parcial y la ausencia de la excepción de peligro para la salud de la mujer embarazada a efectos de la prohibición de la técnica abortiva D&X. Empero, finalmente esta Ley sólo se ocupó de precisar el alcance de la prohibición del procedimiento D&X, eludiendo la inclusión de la excepción de peligro para la salud de la madre.

Explícitamente, se prohibía la técnica abortiva del nacimiento parcial cuando no era necesaria para salvar la vida de la madre, definiéndola como un procedimiento por el cual el médico deliberada e intencionadamente extrae vaginalmente a un feto vivo hasta que, en el caso de que venga de cabeza, la cabeza entera esté fuera del cuerpo de la madre o, en el caso de que venga de nalgas, hasta que el tronco del feto por debajo del ombligo quede fuera del cuerpo de la madre, con el propósito de matar al feto vivo parcialmente nacido, y efectivamente realiza el acto de matarlo.⁸⁶²

La Corte Suprema consideró que la definición de aborto por nacimiento parcial de la Ley federal era capaz de evitar la vaguedad del objeto de prohibición, dada su inclusión de límites anatómicos muy precisos⁸⁶³ y su exigencia de dolo⁸⁶⁴. Precisó que ambos elementos de la definición permitían por una parte que el médico conociera con razonable seguridad lo que estaba prohibido; por otra parte que no se beneficiara la aplicación injusta o discriminatoria de la prohibición; y que se lograra deducir prontamente la exclusión de los supuestos de D&E que pudieron entenderse contenidos en la Ley de Nebraska hallada inconstitucional en *Stenberg*. Explicaba la Sentencia que el Congreso había resuelto el problema de la excesiva amplitud exceptuando de esta definición los abortos realizados mediante la técnica D&E (donde se inserta un fórceps con dientes de metal afilados con los cuales se arrancan y retiran pedazo a pedazo las partes fetales) y las extracciones D&X accidentales (en las cuales el médico inintencionadamente termina realizando un aborto por nacimiento parcial).

⁸⁶² 18 U.S. Code § 1531 (b): “(1) the term “partial-birth abortion” means an abortion in which the person performing the abortion— (A) deliberately and intentionally vaginally delivers a living fetus until, in the case of a head-first presentation, the entire fetal head is outside the mother’s body..., or, in the case of breech presentation, any part of the fetal trunk past the navel is outside the mother’s body..., for the purpose of performing an overt act that the person knows will kill the partially delivered living fetus”; and “(B) performs the overt act, other than completion of delivery, that kills the fetus”.

⁸⁶³ La definición contenía límites claros del nacimiento parcial: “hasta que la cabeza entera esté fuera del cuerpo de la madre” o “hasta que el tronco del feto por debajo del ombligo quede fuera del cuerpo de la madre”.

⁸⁶⁴ Al respecto, la definición requiere explícitamente que el médico actúe “deliberada e intencionadamente”.

Al mismo tiempo, la Corte Suprema sostuvo que la ausencia en la Ley de una excepción en caso de peligro para la salud de la madre, quedaba enmendada por la determinación del Congreso acerca de que el procedimiento D&X nunca es médicamente necesario.⁸⁶⁵ La argumentación ofrecida al respecto no era nada clara, pero en cualquier caso apuntaba que no existían razones para entender que el D&X pudiera venir impuesto para salvaguardar la salud de la madre.⁸⁶⁶ A este tenor, la Sentencia expuso que dado el desacuerdo profesional sobre las cualidades médicas de este procedimiento, el Congreso era libre de tomar la posición que tomó, lo que obligaba a realizar una relectura de lo dicho en Stenberg, puesto que no dejar margen a un error legislativo ante esta incerteza médica parecía un criterio demasiado exigente.

Y por último, se consideró que la Ley no imponía una carga indebida, ni por sus efectos ni por su propósito. Precisaba la Sentencia que la intención de la Ley no era impedir el aborto sino más bien “proteger la vida humana de un inocente frente a un procedimiento inhumano y brutal y proteger la ética y el buen nombre de la comunidad médica”, tal como señalaba la misma.⁸⁶⁷

1.3. Recapitulación sobre la regulación del aborto en Estados Unidos

Antes de 1973, el aborto estaba prohibido en casi todos los estados de Estados Unidos, existiendo leyes en algunos de ellos que disponían ciertos supuestos de impunidad del aborto, por ejemplo en caso de peligro para la vida de la madre o en caso

⁸⁶⁵

Aquí se hacía referencia a las audiencias previas a la promulgación de la Ley, celebradas por los parlamentarios para discutir la relativa seguridad del procedimiento D&X, donde hubo ciertos pronunciamientos que descartaron la necesidad de recurrir al procedimiento D&X para proteger la salud de la madre, llegándose a afirmar que “existía consenso médico en que este procedimiento nunca era necesario para salvaguardar la salud de la mujer”. IAN SHAPIRO apunta “la naturaleza superficial y sesgada de la audiencias”, donde al parecer “ninguno de los médicos que atestiguaron que el procedimiento D&X nunca es médicamente necesario lo había, de hecho, practicado”. Véase al respecto IAN SHAPIRO, *Doxa*, núm. 31, 2008, 452. La Ley declara expresamente que “existe consenso moral, médico y ético” respecto a que el aborto por nacimiento parcial “es un procedimiento atroz e inhumano que nunca es médicamente necesario y debería ser prohibido”.

⁸⁶⁶

IAN SHAPIRO hace referencia al voto disidente de la jueza Ginsburg, al evidenciar que “los registros del Congreso estaban repletos de testimonios que contradecían la determinación de la ley en cuestión acerca de que el procedimiento D&X nunca era más seguro que las alternativas”. Véase IAN SHAPIRO, *Doxa*, núm. 31, 2008, 452.

⁸⁶⁷

No obstante, se dudo del propósito de esta Ley, creyéndose que podía existir cierto engaño al eludirse establecer una diferenciación en el tratamiento de esta técnica cuando afectaba a fetos viables o inviables. Al respecto CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, *El debate*, 2012, 153, n. 55 y n. 56.

de violación o incesto. Coexistían así estados liberales como Nueva York, que permitía el aborto, hasta estados como Tejas, que mantenía una prohibición absoluta. Por esta razón, hasta entonces era común que muchas mujeres estadounidenses viajaran a Londres para abortar legalmente.

La Sentencia Roe contra Wade de 22 de enero de 1973, reconoce el derecho a la mujer de abortar libremente dentro del plazo inicial del embarazo relativo al primer trimestre, convirtiendo a Estados Unidos en el único país que reconoce este derecho permitiendo a la mujer decidir de manera autónoma sobre su maternidad durante un período de tiempo razonable. Esta Sentencia fundamenta el derecho de abortar de la mujer embarazada durante el período inicial del primer trimestre, en el derecho a la intimidad (“privacy”), que si bien no existe en la Constitución americana, había sido acreditado en 1965 por la misma Corte en Griswold contra Connecticut. El Tribunal entiende la transgresión de la Cláusula del Debido Proceso (Due Process Clause), de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, según la cual no se puede privar a ninguna persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial, obligando a modificar todas las leyes federales y estatales que prohibían o limitaban el aborto.

Antes del momento de viabilidad y pasados los tres primeros meses de embarazo, el aborto podía ser permitido sólo en beneficio de la salud de la madre, es decir, se da prioridad a los derechos de la mujer, pero esta vez limitando la preponderancia de los mismos a casos y condiciones concretas en que pueda tener lugar el interés del Estado por promover y proteger la salud de las mujeres embarazadas.

A partir de que el *nasciturus* adquiere viabilidad fetal, la Corte Suprema estadounidense cambia su planteamiento respecto a las limitaciones que puedan imponerse a la mujer embarazada para abortar, abandonando la prioridad de los derechos de las mujeres embarazadas y pasando a dar preponderancia al interés del Estado en tutelar la vida humana prenatal en su estadio más avanzado. Determina así que el Estado puede entonces prohibir el aborto, incluso a través del Derecho penal, salvo cuando la interrupción del embarazo es precisa para evitar un peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada. Como señala Ian Shapiro, la Corte Suprema reconoce el interés del Estado en la defensa de la vida humana potencial, pero limitándolo, y de hecho, subordinándolo al derecho de la mujer a abortar, incluso después del momento de la viabilidad, siempre que se cumplan determinadas condiciones.

En relación a la argumento de si el feto es una persona o no, esta Sentencia afirma que, si bien la Constitución estadounidense no ofrece un concepto de persona, cada vez que hace referencia a la misma, en diferentes partes del texto constitucional, alude a los ya nacidos, no existiendo razón alguna para poder llegar a considerar lo contrario, y por tanto, al feto no le corresponde la protección que la Decimocuarta Enmienda de la Constitución estadounidense otorga a los ya nacidos frente a terceros o al propio Estado, a efectos de sus derechos fundamentales, entre los que se encuentra el derecho a la vida. La Corte no tiene en cuenta el debate público sobre el aborto, que gira en torno a la discusión de si el feto es una persona o no. Asimismo, antes de esta Sentencia en los Estados Unidos nunca se había considerado jurídicamente esta cuestión, hasta el punto que incluso los jueces e investigadores jurídicos que argumentaban la inconstitucionalidad de esta Sentencia, no eran partidarios de esta opinión.

En Roe la Corte Suprema va más allá de declarar la inconstitucionalidad de una ley de Tejas que prohibía el aborto de manera absoluta, pues verdaderamente dispone una ley federal sobre el aborto, extralimitándose en el papel que le corresponde en el orden constitucional democrático, actuando como un auténtico legislador positivo, cayendo así en una desobediencia que menoscaba la legitimidad democrática de la Corte Suprema. En su lugar hubiese procedido declarar inconstitucional la ley de Tejas, sin desarrollar el esquema trimestral de Blackmun, sentando únicamente las bases de una regulación del aborto acorde con la Constitución.

En cualquier caso, Roe pone fin a diversos planteamiento puestos en marcha en diferentes estados de los Estados Unidos para liberalizar las leyes sobre el aborto. No obstante, la Sentencia Roe no pone fin a la polémica en torno al aborto en Estados Unidos, sino que desde entonces la tendencia de esta Corte ha sido continuamente restrictiva, sin que al día de hoy esa pretensión haya perdido fuerza, siendo evidente la influencia de la política conservadora en torno al aborto en este país.

2. *La regulación del aborto en Canadá*

Resulta muy interesante la situación del aborto en Canadá, en tanto si bien actualmente en este país el aborto es legal a petición de la mujer, sin limitación legal alguna y en cualquier momento de la gestación, desde 1988 no hay leyes que regulen el

aborto en este país. En consecuencia, Canadá es uno de los pocos países del mundo que carece de una regulación legal del aborto.⁸⁶⁸

Entre 1969 y 1988 estuvo en vigor la Criminal Law Amendment Act, 1968-1969 (Ley de Reforma del Código Penal) que tan sólo despenalizaba el aborto terapéutico cuando existían razones de riesgo para la salud de la mujer embarazada, disponiendo que la práctica del aborto únicamente se realizaría en determinados centros hospitalarios autorizados al efecto, siendo un comité médico el encargado de valorar cada caso concreto y determinar la existencia del riesgo para la salud de la madre.

Los términos de esta Ley provocaron una corriente de rechazo social y político que la llevó ante los tribunales canadienses, hasta acabar en la Corte Suprema, donde finalmente se declaró su inconstitucionalidad, a partir de la Sentencia R. contra Morgentaler, de 28 de enero de 1988.⁸⁶⁹ Es desde este momento que Canadá no cuenta con una ley que regule el aborto, de manera que la interrupción del embarazo es considerada como cualquier otro procedimiento médico, rigiéndose tanto por las normas provinciales como por las normas sanitarias de cualquier procedimiento médico.

La Sentencia R. contra Morgentaler dictaminó que dicha Ley vulneraba la Sección 7 de la Carta de Derechos y Libertades canadiense, por violación del derecho a la privacidad de la mujer, a su libertad y a su seguridad personal,⁸⁷⁰ sin que ello pudiera

⁸⁶⁸ Una situación parecida sucede en Cuba, donde rige el sistema del plazo sin que exista una ley que lo regule.

⁸⁶⁹ R. contra Morgentaler. [1988] 1 SCR 30. El nombre completo del caso era Dr. Henry Morgentaler, Dr. Leslie Frank Smoling y Dr. Robert Scott contra Su Majestad la Reina.

⁸⁷⁰ La Corte Suprema revisó informes de organizaciones independientes que evidenciaron que las mujeres que precisaban un aborto terapéutico debían esperar más de 6 semanas para obtener la aprobación del comité, debiendo visitar hasta 7 médicos antes de ser referidas a un hospital designado al efecto, de modo que algunas mujeres de zonas rurales debían recorrer distancias muy largas hasta llegar a un hospital autorizado donde existiera un comité médico operativo. Asimismo, admitió testimonios que reconocían el estrés psicológico que todos estos trámites provocaban a estas mujeres, teniendo en cuenta que se enfrentaban a una decisión muy difícil. Se demuestra así la inaccesibilidad de esta excepción en muchos casos, en contra de lo dispuesto por uno de los principios fundamentales del sistema jurídico canadiense, en tanto si una norma penal provee una excepción o circunstancia de exculpación, dicha excepción no puede ser ilusoria. La mujer y el médico podían resultar condenados a varios años de cárcel por un delito de aborto, salvo que demostrasen que ese aborto era necesario para proteger la salud de la madre (física o psíquica). No obstante, para demostrarlo debían superar unos trámites inaccesibles para las mujeres de escasos recursos o de zonas rurales. Incluso las mujeres con recursos económicos y residentes en grandes ciudades, podían verse en el último trimestre de gestación sin haber obtenido la aprobación

salvarse bajo la Sección 1 de la misma Carta canadiense.⁸⁷¹ El Presidente de la Corte Suprema, Brian Dickson, consideró que obligar a una mujer a llevar un feto a término, mediante la amenaza de sanción penal, a menos que cumpliera determinados criterios relacionados con sus propias prioridades y aspiraciones, era una interferencia con el cuerpo de la mujer, y por lo tanto, una violación de la seguridad de la persona.⁸⁷² La magistrada Bertha Wrenham Wilson ofreció una opinión muy diferente.⁸⁷³ Para ella la decisión de las mujeres de abortar su feto era una de las decisiones más profundas, que iba más allá de una decisión médica, de modo que eliminar a la mujer la capacidad para tomar esa decisión y otorgársela a un Comité Médico,⁸⁷⁴ claramente vulneraba su libertad y su seguridad personal.⁸⁷⁵

Un año más tarde, la Corte Suprema canadiense dictó la Sentencia Tremblay contra Daigle⁸⁷⁶, que complementó la Sentencia R. contra Morgentaler de 1988. En Tremblay contra Daigle, la Corte dictamina que un padre no tiene ningún derecho a vetar la decisión

para abortar del Comité Médico, resultando su aborto de alto riesgo por el avanzado estado de gestación, situación ésta que favorecía el recurso al aborto clandestino, muchas veces inseguro.

871

La Sección 1 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades es la parte que confirma que los derechos enumerados en la misma están garantizados, pero a su vez establece límites razonables de los mismos.

872

Además, Dickson consideró que una mayor violación de este derecho lo era el retraso creado por el procedimiento que disponía esta Ley para conseguir la autorización del Comité, que ponía a las mujeres en mayor riesgo de daño físico y causaba daños a su integridad psicológica cuando se alcanzaban etapas avanzadas de gestación.

873

A partir de esta opinión, la Corte Suprema resolvió que la sección 251 de la Carta canadiense de Derechos y Libertades violaba los derechos a la libertad y a la seguridad personal.

874

La magistrada entendía que la imparcialidad del Comité Médico para decidir si aprobaba o no el aborto, al tratarse de una decisión tan personal y privada, nada tenía que ver con las prioridades o aspiraciones personales de la mujer embarazada.

875

Bertha Wilson hacía hincapié en la forma en que la sección 251 del CP canadiense (que prohibía el aborto, excepto cuando había riesgo para la salud de la madre) violaba la autonomía personal de la mujer, al no poder tomar ella misma decisiones que afectaban a su propia vida y a su feto. Sarcásticamente, Wilson dejaba ver que el Estado canadiense estaba tomando así el control efectivo de la capacidad de una mujer para reproducirse, al apuntar que la penalización del aborto convertía a la mujer en un recipiente pasivo de una decisión tomada por otros sobre si su cuerpo debe ser usado para desarrollar una nueva vida, de manera que no existía nada más acorde con la dignidad humana.

876

Tremblay contra Daigle, [1989] 2 SCR 530.

de la mujer al aborto.⁸⁷⁷ Además, se dispuso que el feto no tiene el estatus legal de una persona, de manera que los hombres, mientras pretendan proteger los derechos del feto, no pueden ejercer acciones tendentes a detener un aborto en Canadá.

En conclusión, el modelo de despenalización del aborto canadiense tiene su origen en la jurisprudencia constitucional, una jurisprudencia que progresivamente ha conformado uno de los sistemas más abiertos del mundo occidental, al ser el primer país que declara y considera que una ley contra el derecho a abortar de la mujer es innecesaria. Para este país resulta efectivo contemplar el aborto como un servicio de prevención en salud, sin que ninguna ley civil o penal deba controlarlo, siendo suficiente una Ley Federal en salud que garantice el acceso igualitario para todos los tratamientos médicos necesarios, incluida la interrupción voluntaria del embarazo.

⁸⁷⁷ El nombre completo del caso que decidió esta Sentencia era el de Chantal Daigle contra Jean-Guy Tremblay. Tremblay pretendía evitar que su novia abortara, para lo cual llegó incluso a obtener una orden judicial que le impedía a Daigle tener un aborto.

CAPÍTULO III. EL ABORTO EN LATINOAMÉRICA

En la mayoría de los países latinoamericanos el aborto es ilegal y está prohibido al menos en algún supuesto. O sea, en términos generales los países latinoamericanos se rigen por el modelo de las indicaciones, de manera que se permite abortar únicamente en determinados supuestos.

Las regulaciones legales latinoamericanas más restrictivas en materia de aborto corresponden a la región de Centroamérica y el Caribe. De hecho dichas regiones son las zonas más prohibitivas en materia de aborto a nivel mundial. Así, algunos países prohíben de manera absoluta el aborto, considerando delito la interrupción del embarazo bajo cualquier circunstancia.

No obstante, ciertos países han evolucionado, hasta alcanzar legislaciones sin restricciones en virtud de las cuales las mujeres tienen la posibilidad de interrumpir su embarazo libremente dentro de un plazo inicial de impunidad.

El aborto está absolutamente prohibido en Nicaragua, República Dominicana y El Salvador.

En Guatemala, Haití, Honduras, Paraguay y Venezuela la práctica legal del aborto está muy restringida, pues sólo está permitido abortar con el fin de preservar la vida de la mujer embarazada.

Las regulaciones peruana y costarricense sobre el aborto mejoran ligeramente la restricción recién indicada, permitiendo interrumpir el embarazo no sólo en caso de amenaza para la vida de la madre sino también para su salud física y mental.^{878 879}

878 Como veremos más adelante, el artículo 121 del CP de Costa Rica (Ley 4573) considera no punible el aborto practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre. No obstante, en la práctica el acceso de las mujeres a este servicio es muy limitado debido a la oposición del personal sanitario a realizarlo en virtud de sus valores morales.

879 En este sentido el art. 119 del CP peruano (Decreto Legislativo núm. 635, promulgado el 3 de abril de 1991), relativo al aborto terapéutico, el cual considera no punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente. No obstante, al igual que sucede en Costa Rica, en

Algunos países aumentan los supuestos de impunidad hasta aquí referidos, contemplando también la legalidad del aborto ético. Por ejemplo Argentina, que prevé el aborto legal para evitar un peligro para la vida o la salud de la mujer o en caso de violación o de “atentado contra el pudor cometido sobre una mujer idiota o demente”; Bolivia, que permite el aborto con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y en caso de violación, embarazo producto de un rapto no seguido de matrimonio, estupro o incesto; y Ecuador, donde se considera no punible el aborto practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la madre o cuando el embarazo proviene de una violación o estupro cometido en una mujer idiota o demente.^{880 881}

Otros países amplían aún más el mencionado listado de supuestos de impunidad, registrando el aborto eugenésico o embriopático como una indicación más. Por ejemplo Colombia, que aparte de declarar no punible el aborto realizado cuando exista peligro para la vida o la salud de la madre, y cuando el embarazo sea resultado de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto, también considera legal abortar cuando exista una grave malformación del feto que haga inviable su vida. En un sentido parecido (aunque más limitado) Panamá, que considera impune el aborto cuando el embarazo sea consecuencia de un delito de violación (durante los dos primeros meses de gestación), o por graves causas de salud que pongan en peligro la vida de la madre y la vida del *nasciturus*, esto es, si el producto de la concepción tiene malformaciones genéticas que le impidan vivir al nacer.⁸⁸² En Brasil la situación es peculiar, puesto que si bien legalmente

Perú se dan casos donde a pesar de la legalidad del aborto terapéutico se le niega a las mujeres el acceso a la intervención abortiva.

⁸⁸⁰

En este sentido el art. 447 del CP ecuatoriano de 22 de enero de 1971, que establece: “El aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer o de su marido o familiares íntimos, cuando ella no estuviere en posibilidad de prestarlo, no será punible: 1. Si se ha hecho para evitar un peligro para la vida o salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; y, 2. Si el embarazo proviene de una violación o estupro cometido en una mujer idiota o demente. En este caso, para el aborto se requerirá el consentimiento del representante legal de la mujer.”

⁸⁸¹

Como vemos a continuación, la despenalización del aborto ético también está prevista en el ordenamiento jurídico colombiano, panameño y brasileño.

⁸⁸²

Así se recoge en el art. 144 del CP de la República de Panamá, adoptado por la Ley 14 de 2007, al establecer: “No se aplicarán las penas señaladas en los artículos anteriores: 1. Si el aborto es realizado con el consentimiento de la mujer para provocar la destrucción del producto de la concepción ocurrida como consecuencia de violación carnal, debidamente acreditada en instrucción sumarial, y 2. Si el aborto es realizado con el consentimiento de la

el aborto se considera no punible cuando existe peligro para la vida de la madre o el embarazo es consecuencia de un delito de violación,⁸⁸³ a efectos del aborto eugenésico o embriopático ha sido el Supremo Tribunal Federal de Brasil quien reconoció el derecho de las mujeres a interrumpir su embarazo cuando el feto sufra anencefalia (ausencia de parte del cerebro).⁸⁸⁴

El supuesto de impunidad del aborto referente a razones socioeconómicas de la mujer embarazada no está presente en ninguna de las regulaciones latinoamericanas. Ahora bien, si se considera a Belice parte de América Latina,⁸⁸⁵ cabe señalar que en este país sí está permitido el aborto por razones socioeconómicas, y además, cuando el feto presenta anomalías o cuando existe riesgo para la vida o la salud de la madre.⁸⁸⁶

mujer, por graves causas de salud que pongan en peligro la vida de la madre o del producto de la concepción. En el caso del numeral 1 es necesario que el delito sea de conocimiento de la autoridad competente y que el mismo se practique dentro de los primeros meses de embarazo y en el caso del numeral 2, corresponderá a una comisión multidisciplinaria designada por el Ministerio de Salud determinar las causas graves de salud y autorizar el aborto. En ambos casos el aborto debe ser practicado por un médico en un centro de salud del Estado.”

883

En este sentido el art. 128 del CP de Brasil (Decreto-Ley núm. 2848 de 7 de diciembre de 1940), que establece que el aborto no será punible en circunstancias: cuando sea practicado por un médico en los casos que el embarazo es producto de violencia sexual (aborto no caso de gravidez resultante de estupro), o cuando está en riesgo la vida de la madre (se não há outro meio de salvar a vida da gestante).

884

El Supremo Tribunal Federal (STF) de Brasil reconoció mediante la acusación de infracción de precepto fundamental núm. 54 (ADPF 54), de 12 de abril de 2012, el derecho de las mujeres a interrumpir su embarazo cuando el feto sufra anencefalia (por ocho votos a favor, 2 en contra y una abstención). La ADPF da respuesta judicial a una demanda interpuesta en 2004 por la Confederación Nacional de los Trabajadores de Salud, que argumentaba que impedir el aborto en esos casos viola la garantía fundamental de la dignidad de la madre.

885

La delimitación precisa de América Latina es muy variable, de modo que se debate la inclusión de Belice, la región francófona de Canadá, los estados y posesiones hispanohablantes de Estados Unidos en especial Puerto Rico e Islas Vírgenes de los Estados Unidos, y las posesiones francesas en América (Guadalupe, Guayana Francesa, Martinica, San Bartolomé y San Martín). En cualquier caso, se consideran países latinoamericanos Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

886

Belice no prevé la impunidad del aborto ético, regulando el aborto no punible (medical termination of pregnancy) en el art. 112 del CP (Criminal Code, promulgado el 18 de diciembre de 1980). Este precepto dispone textualmente: “(1) A person shall be not guilty of an offence under the law relating to abortion or miscarriage when a pregnancy is terminated by a registered medical practitioner if two registered medical practitioners are of the opinion, formed in good faith: (a) that the continuance of the pregnancy would involve risk to the life of the pregnant woman, or of injury to the physical or mental health of the pregnant woman or any existing children of her family, greater than if the pregnancy were terminated; or (b) that there is a substantial risk that if the child were born it would suffer from such

Los únicos territorios latinoamericanos que no establecen restricciones y permiten a las mujeres interrumpir su embarazo libremente son Cuba y Uruguay, el D.F. mexicano y el Estado Libre Asociado de Puerto Rico.

Cabe precisar que en México, si bien en el Distrito Federal el aborto fue despenalizado desde el 24 de abril de 2007 en cualquier caso, a petición de la mujer embarazada hasta las 12 semanas de embarazo en virtud del modelo del plazo, en el resto de los estados mexicanos (31 estados) las causas de interrupción legal del embarazo varían según el estado en el que nos encontremos. El aborto ético cuando el embarazo es consecuencia de un delito de violación, se considera no punible en todo el territorio mexicano. Asimismo, en todos los estados mexicanos, salvo en Guanajuato, Guerrero y Querétaro, el aborto no es punible cuando sea necesario para salvar la vida de la mujer embarazada. Y por ejemplo en Yucatán, desde el año 1992, se incluyen factores socioeconómicos en la lista de supuestos de impunidad, textualmente “cuando la mujer ya ha dado a luz a tres o más niños”.

Si se considera al Estado Libre Asociado de Puerto Rico parte de Latinoamérica, procede tenerle en cuenta a efectos de este apartado, pues también en este territorio se permite el aborto en cualquier caso durante un periodo inicial de impunidad correspondiente al primer trimestre.⁸⁸⁷

1. *La prohibición absoluta del aborto en América Latina*

Como se ha indicado previamente, países como Nicaragua, República Dominicana y El Salvador se rigen por el sistema de prohibición absoluta del aborto, es decir, consideran la ilegalidad del aborto en cualquier caso, incluso cuando está en peligro la vida o la salud de la mujer embarazada.

physical or mental abnormalities as to be seriously handicapped. (2) In determining whether the continuance of a pregnancy would involve such risk of injury to health as is mentioned in subsection (1) (a) account may be taken of the pregnant woman's actual or reasonably foreseeable environment.”

⁸⁸⁷

El aborto voluntario se legaliza en Puerto Rico a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso Roe contra Wade (1973), pues dada la relación que tiene este territorio con Estados Unidos (Puerto Rico es un territorio no incorporado de los Estados Unidos con estatus de autogobierno), esta decisión judicial está por encima de cualquier restricción definida en la legislación puertorriqueña.

La fuerte influencia de la religión católica y evangélica en estos países es sin duda una de las causas que determinan la prohibición absoluta del aborto, no siendo casualidad que Latinoamérica sea la región del mundo con más número de católicos. Los fundamentalismos religiosos actúan desde una pluralidad de lugares en estas sociedades, influyendo decisivamente no sólo sobre los partidos políticos sino también en las conciencias de los nicaragüenses, dominicanos y salvadoreños. Desde fuera del poder público las instituciones religiosas ejercen su autoridad para que los partidos políticos se acerquen a sus objetivos a cambio de votos. Y desde dentro del poder público, dicha influencia se concreta en cuanto muchos puestos importantes en las instituciones públicas de estos países están en manos de personas muy religiosas.

Cabe señalar que la prohibición absoluta del aborto en estos países resulta clasista a la hora de aplicar la ley, pues las mujeres que pueden pagar un aborto en condiciones seguras no sólo mantienen su vida a salvo, sino que también se garantizan no ser perseguidas y condenadas. En cambio las mujeres pobres y humildes se ven obligadas a llevar a término embarazos no deseados, incluso poniendo en riesgo su vida y su salud, de manera que a la cárcel sólo van aquellas mujeres que no tuvieron la posibilidad económica de un aborto seguro o las que por pobres resultan sospechosas por cualquier pérdida del feto incluso cuando se trata de un aborto espontáneo.

1.1. La prohibición absoluta del aborto en Nicaragua

En la actualidad, Nicaragua se rige por el modelo de prohibición absoluta del aborto, de manera que la interrupción voluntaria del embarazo es un delito en cualquier caso.⁸⁸⁸

En este país el aborto está regulado en los artículos 143, 144 y 145 del CP de 2007.⁸⁸⁹ El art. 143 castiga el aborto con consentimiento. A quien provoque el aborto con el consentimiento de la mujer se le sanciona con la pena de 1 a 3 años de prisión. Si se trata de un profesional médico o sanitario, la pena principal simultáneamente contendrá la pena de inhabilitación especial de 2 a 5 años para ejercer la medicina u oficio sanitario. Y a la mujer que intencionalmente cause su propio aborto o consienta que otra persona se lo practique, se le impondrá la pena de 1 a 2 años de prisión. El art. 144 castiga el aborto

888

Aunque como veremos a continuación, a la mujer embarazada que comete su propio aborto imprudente no es castigada (art. 145).

889

Ley 641, de 13 de noviembre de 2007 que aprueba el Código Penal.

sin consentimiento. A quien intencionalmente provoque el aborto sin el consentimiento de la mujer se le castiga con prisión de 3 a 6 años. Si se trata de un profesional de la salud, la pena principal simultáneamente contendrá la pena de inhabilitación especial de 4 a 7 años para ejercer la medicina u oficio sanitario. Si el aborto fuera practicado con violencia, intimidación o engaño, se sancionará con pena de 6 a 8 años de prisión. Y si se trata de un profesional de la salud, la pena principal simultáneamente contendrá la pena de inhabilitación especial de 5 a 10 años para ejercer la medicina u oficio sanitario. El art. 145 castiga el aborto imprudente, o sea, a quien por imprudencia temeraria ocasione aborto a una mujer. La pena impuesta en este caso es de 6 meses a un año de prisión; y si el hecho se produce con ocasión del ejercicio de la profesión de la salud, se impondrá además la pena de inhabilitación especial de 1 a 4 años. No obstante, la embarazada no será penada al tenor de este precepto.

Ahora bien, en Nicaragua el aborto terapéutico fue legal durante más de 100 años, desde 1837 hasta 2006. Desde el primer CP de Nicaragua (1837), el aborto quedó incluido en el título relativo a los delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, dejando expresamente establecida la despenalización del aborto terapéutico en el párrafo segundo del art. 360, que establecía literalmente: *“No incurrirá en pena alguna el médico o cirujano, comadrón o partera que procure el aborto, cuando no haya otro modo de salvar la vida de la mujer embarazada.”* El CP de 1891 reguló el aborto terapéutico en el párrafo segundo del art. 399, que si bien mantuvo una redacción similar, cambiaba la frase final por la siguiente: *“(…) cuando haya ocurrido a él como el medio indicado por la ciencia para salvar la vida de la mujer embarazada.”* Y en el CP de 1891, así como en el CP de 1974 (último CP nicaragüense que reguló el aborto no punible por razones médicas) el aborto terapéutico se regulaba en el art. 165, disponiendo en ambos casos la misma redacción: *“El aborto terapéutico será determinado científicamente con la intervención de tres facultativos por lo menos, y el consentimiento del cónyuge o pariente más cercano a la mujer, para los fines legales.”*⁸⁹⁰ Durante este periodo el aborto se consideró una intervención médica legal y necesaria cuando de continuar con el embarazo se ponía en peligro la vida o la salud de la mujer, a pesar de que las circunstancias en las que se permitía el aborto terapéutico no estuvieron definidas expresamente en la legislación nicaragüense. Con todo, las normas del Ministerio de

890

Véase PADILLA K. y otro, El acceso al aborto terapéutico en Nicaragua: un boletín informativo, 2003, 4 y sigs. Asimismo, NAYA FAUNÉ, De la despenalización a la penalización del aborto en Nicaragua, Psicología jurídica y forense, 2014, passim, disponible en <http://psicologijuridica.org/archives/4481>.

Sanidad de 1989 que regían esta práctica, definieron el aborto terapéutico como “la interrupción del embarazo antes de la vigésima semana de gestación debido a patologías maternas agravadas por el embarazo o que tuvieran efectos negativos sobre el desarrollo y crecimiento del feto”.⁸⁹¹ Sin embargo, en la práctica el acceso a esta prestación sanitaria fue severamente limitado por la falta de normas y reglamentos que efectivamente garantizaran la interrupción legal del embarazo.⁸⁹²

No obstante, el 26 de octubre de 2006 el Congreso aprobaba el proyecto de ley que revocaba la legalidad del aborto terapéutico y que más tarde daba lugar al CP de 2007 (Ley 641, de 13 de noviembre de 2007), promulgándose también la Ley núm. 603, de Derogación del artículo 165 del Código Penal Vigente (publicada en La Gaceta, Diario Oficial núm. 224, de 17 de noviembre de 2006).

De nada sirvió el largo camino de discusión técnica-política del nuevo CP de 2007, principalmente en los artículos relativos al aborto, pues finalmente se ignora la opinión de los expertos prevaleciendo un enfoque tradicional y restrictivo sobre el aborto generado por la influencia de la Iglesia católica y evangélica en interés de los partidos políticos que por entonces se disputaban el poder.⁸⁹³ La penalización del aborto terapéutico del CP de

⁸⁹¹ Ministerio de Salud, Norma de Atención al Aborto, Managua, Nicaragua, 1989.

⁸⁹² Ciertamente, antes de la prohibición absoluta del aborto en Nicaragua (2008), la labor de los profesionales de la medicina a la hora de tratar complicaciones durante el embarazo se regía por las Normas y Protocolos para la Atención de Complicaciones Obstétricas del Ministerio de Salud, realizadas por reputados ginecólogos, las cuales tenían como objetivo institucionalizar prácticas sanitarias que se había demostrado eran más seguras, más efectivas, menos costosas y que permitirán lograr la reducción de la mortalidad materna e infantil. En dichas normas se describían complicaciones concretas que podían producirse durante el embarazo y se recomendaban procedimientos adecuados que garantizaban el mejor resultado para la embarazada y el feto. No obstante, a partir de la reforma de 2008, el CP de 2007 prevalece sobre estas normas, de manera que las intervenciones médicas allí descritas quedan descartadas *a priori* al poder entrar en contradicción con lo dispuesto en el nuevo CP, pudiendo ser constitutivas de delito. Así, aquellos protocolos quedaban proscritos por un tratamiento médico esencial que en sentido general está destinado para salvar vidas y salvaguardar la salud. De ahí la preocupación de los médicos nicaragüenses tras la penalización del aborto bajo cualquier circunstancia. Véase las Normas y Protocolos para la Atención de Complicaciones Obstétricas de la Dirección General de Servicios Sociales del Ministerio de Salud de Nicaragua, de noviembre de 2006, disponible en <https://es.scribd.com/doc/131561046/Normas-y-Protocolo-para-la-Atencion-de-Complicaciones-Obst>. En este sentido, el Informe de Amnistía Internacional titulado “La prohibición total del aborto en Nicaragua”, de julio de 2009 (índice: AMR 43/001/2009), disponible en <http://www.amnestyusa.org/pdfs/amr430012009spa.pdf>.

⁸⁹³ En lo relativo al contexto político de la prohibición total del aborto, véase el Informe de Amnistía Internacional titulado “La prohibición total del aborto en Nicaragua”, de julio de 2009 (índice: AMR 43/001/2009), 13 y sigs.

2007 fue finalmente aprobada por 52 diputados de los 90 que integraban la Asamblea Legislativa, en plena campaña electoral, donde el Frente Sandinista de Liberación Nacional que más tarde llegaba al poder,⁸⁹⁴ tratando de reconciliarse con la Iglesia Católica, anunciaba su apoyo a la penalización absoluta del aborto. Así lo denunciaba la organización social Red de Salud de las Mujeres Latinoamericanas y del Caribe, quien decía que a la sesión de aprobación de dicha Ley, se personaron numerosos sacerdotes y mujeres de las familias más ricas del país, junto a grupos católicos y evangélicos para presionar a los legisladores, de manera que los diputados cedieron a las exigencias de las Iglesias, eliminando una medida que durante muchos años había permitido salvar la vida y proteger la salud de miles de mujeres nicaragüenses de diversas edades y condiciones sociales.⁸⁹⁵

Con esta decisión legislativa las mujeres de Nicaragua quedan completamente desprotegidas cuando el embarazo pone en riesgo su vida o su salud, pues la revocación de las disposiciones legales que permitían el aborto terapéutico ha supuesto que procedimientos médicos que hasta ahora habían sido recomendados como buenas prácticas para salvar la vida de miles de mujeres y niñas en Nicaragua ahora sean ilegales, lo que evidentemente pone en serio peligro la vida y la salud de las mujeres y las niñas nicaragüenses y coloca a los profesionales de la medicina de este país en una difícil posición.⁸⁹⁶

El caso de Amalia (2010) se convertía en un símbolo para quienes abogan por restablecer el aborto terapéutico en Nicaragua, provocando una auténtica batalla entre las autoridades de salud y el movimiento que reclama la despenalización del aborto

⁸⁹⁴ En noviembre de 2006 Daniel Ortega, dirigente del Frente Sandinista de Liberación Nacional regresó al poder después de 16 años en la oposición. Como señala Amnistía Internacional, se trató de unas elecciones presidenciales muy reñidas, donde los candidatos fueron muy receptivos a las exigencias de varios grupos de interés como la iglesia Católica de Nicaragua y algunos otros grupos cristianos de imponer una prohibición total del aborto, de modo que la prohibición del aborto terapéutico se convirtió en un tema electoral clave y los 2 principales candidatos, Daniel Ortega y Eduardo Montealegre abogaron por una prohibición total del aborto. Cfr. el Informe de Amnistía Internacional titulado “La prohibición total del aborto en Nicaragua”, de julio de 2009 (índice: AMR 43/001/2009), 12.

⁸⁹⁵ Sobre los derechos de las mujeres como moneda de cambio electoral en Nicaragua, véase GARAY ZARRAGA, El derecho al aborto ante la reacción patriarcal. Casos emblemáticos de la violación de los derechos humanos de las mujeres en relación al aborto en América Latina, 2016, 45 y sigs.

⁸⁹⁶ Véase GARAY ZARRAGA, El derecho al aborto ante la reacción patriarcal. Casos emblemáticos de la violación de los derechos humanos de las mujeres en relación al aborto en América Latina, 2016, 28 y sig. y 45 y sigs.

terapéutico de este país. Amalia (nombre ficticio) era una nicaragüense de 27 años, originaria de Peneloya, una comunidad muy humilde de la costa del océano Pacífico en el departamento de León, quien ya tenía una hija de 10 años. En enero acudió al centro de salud de su comunidad con dolores en el tórax, dificultades de respiración y emisión de sangre por la garganta, siéndole diagnosticado un cáncer de pulmón para el que requería atención urgente. No obstante, Amalia estaba embarazada de 7 semanas, de manera que a pesar de la gravedad de la enfermedad, el personal médico decidió no aplicarle el tratamiento de radioterapia y quimioterapia porque consideró que podría afectar al embrión y provocar un aborto. A su familia se le recomendó formalizar una solicitud de interrupción del embarazo ante el director del hospital y el Ministerio de Salud, pero esa solicitud nunca tuvo respuesta. El Grupo Estratégico por la Despenalización del Aborto en Nicaragua, con el apoyo de varias organizaciones internacionales como Amnistía Internacional, presentó el 18 de febrero ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) una solicitud de medidas cautelares para proteger la vida e integridad personal de Amalia, las cuales fueron otorgadas inmediatamente. Sólo gracias a estas medidas de protección Amalia recibió tratamiento médico, aunque el tratamiento no llegó hasta pasado un mes de haber sido aprobado por el gobierno. El aborto terapéutico nunca se autorizó ni se practicó, de manera que el 27 de julio Amalia tuvo un parto en su domicilio, asistida por su familia, del que nació una criatura con graves malformaciones, posiblemente como resultado de los efectos de la quimioterapia. Finalmente, en diciembre de 2011 Amalia falleció, sin poderse saber si habría superado el cáncer en caso de haber recibido el tratamiento necesario a tiempo. No obstante, lo que sí es seguro es que Amalia nunca debió ver vulnerados sus derechos a la salud y a la integridad personal y que nunca debió pasar por el sufrimiento que le fue impuesto.⁸⁹⁷

⁸⁹⁷

Existe un caso emblemático tanto a nivel de Nicaragua como de Costa Rica. Se trata del caso de Rosita, una niña violada 2 veces (a los 9 y 12 años, en 2002 y 2005 respectivamente) resultando embarazada. La primera vez Rosita resultó embarazada con tan sólo 9 años tras ser presunta víctima de los abusos de un agricultor costarricense en una plantación de café del cantón de Turrialba, Costa Rica, donde vivía con sus padres, campesinos pobres de origen nicaragüense. La prensa costarricense hizo pública la situación de la niña en enero del 2003, desatando con ello una fuerte controversia entre Costa Rica -que se negaba a practicar un aborto por razones legales y ponía en duda la versión de los padres que dijeron que nunca se dieron cuenta de los ultrajes que sufría su hija-, y Nicaragua, que reclamaba su protección. En febrero de ese año, el gobierno costarricense decidió repatriar a la menor y a sus padres a Nicaragua, donde fue objeto de una polémica entre grupos feministas que abogaban por el aborto y el gobierno que lo rechazaba con el apoyo de la iglesia católica. Finalmente, el 21 de febrero del 2003, médicos de Red de Mujeres contra la Violencia de Nicaragua practicaron clandestinamente un aborto a la

En definitiva, el CP de Nicaragua de 2007 ha supuesto un paso atrás en la legislación del aborto de este país, en tanto se aprueba una nueva legislación que otorga al embrión o feto una protección absoluta que desprecia los derechos constitucionales a la vida y a la salud de las mujeres, así como el resto de sus derechos fundamentales, dejándolas completamente desprotegidas cuando el embarazo pone en riesgo su vida o su salud, y colocando a los profesionales de la medicina de este país en una difícil situación, en tanto si ejercen su profesión como marcan los códigos deontológicos estarían incurriendo en delito.

Finalmente, cabe señalar que el pasado 6 de octubre de 2015, un grupo de ciudadanos nicaragüenses pidió a la Asamblea Legislativa de Nicaragua la aprobación de una iniciativa de ley que permita la interrupción del embarazo por razones de salud, esto es, el anteproyecto denominado "Ley especial para la interrupción del embarazo por causas de salud". Esta iniciativa nace ante la violación sistemática del derecho a la salud y a la vida de las mujeres y niñas nicaragüenses denunciado por organizaciones internacionales defensoras de los derechos humanos y la sociedad nicaragüense, contando con el respaldo de 6.164 firmas, 1.164 más que el mínimo para que la ciudadanía pueda presentar una iniciativa de Ley.^{898 899} El Anteproyecto de Ley Especial

niña. No obstante, en 2007 trascendió que el padrastro de Rosita, Francisco Fletes, había abusado de ella durante 4 años, y que producto de esa relación nació una niña que entonces tenía 18 meses. La Fiscalía nicaragüense anunció que investigaría a la madre para determinar si fue o no cómplice de los abusos del padrastro, quien pasó a ser sospechoso del primer embarazo de la menor. Véase BLANCA MOREL, "Rosita, una niña violada dos veces, a los 9 y 12 años", Diario Perfil de 15 de agosto de 2007, disponible en <http://www.perfil.com/internacional/Rosita-una-nina-violada-dos-veces-a-los-9-y-12-anos-20070815-0063.html>. Véase también GARAY ZARRAGA, El derecho al aborto ante la reacción patriarcal. Casos emblemáticos de la violación de los derechos humanos de las mujeres en relación al aborto en América Latina, 2016, 49, disponible en <http://www.mundubat.org/el-derecho-al-aborto-ane-garay/>. En el 2011, el embarazo de una niña nicaragüense vuelve a levantar la polémica en torno a la penalización del aborto terapéutico entre el Gobierno, la Iglesia y la sociedad civil de Nicaragua. La niña de 12 años (indígena de Walpa Siksa, en el Caribe Norte, una de las zonas más pobres de Nicaragua), había sido violada por un desconocido y con casi 36 semanas de gestación, se encontraba en una "situación dramática porque las autoridades se negaron a practicarle un aborto terapéutico al presentar un cuadro de eclampsia (convulsiones) y un proceso avanzado de sepsis. Cfr. EFE, El embarazo de una niña nicaragüense vuelve a levantar la polémica sobre el aborto, en el Diario El Mundo de 29 de octubre de 2011, disponible en <http://www.elmundo.es/america/2011/10/30/noticias/1319935780.html>.

⁸⁹⁸

Esta iniciativa forma parte de un campaña denominada "No más muertes de mujeres por causas que se pueden evitar" y que busca restituir la figura del aborto terapéutico prohibido en el CP desde 2006. Ese grupo está integrado por hombres y mujeres de diversos sectores que se propone llenar los vacíos legales que permitan salvar vidas de mujeres y de niñas en Nicaragua.

para la interrupción del embarazo por causas de salud contiene 15 artículos y establece que no es punible la interrupción del embarazo por causas de salud cuando existan complicaciones obstétricas potencialmente graves o graves que pueden provocar un daño en la salud o la vida de la mujer; enfermedades sistémicas que se inician o son preexistentes y que se agravan con el embarazo; productos (embrión o feto) que presentan anomalías congénitas incompatibles con la vida, y embarazos que sean resultado de la violencia sexual. Sin embargo, a pesar de haber sido aceptada dicha iniciativa por la Asamblea Legislativa de Nicaragua, hasta la fecha no ha sido enviada a ninguna comisión para su respectivo dictamen.⁹⁰⁰

1.2. La prohibición absoluta del aborto en República Dominicana

En República Dominicana el aborto está prohibido bajo cualquier circunstancia en virtud del art. 317 del CP de 1884.⁹⁰¹ Dicho precepto castiga con reclusión menor⁹⁰², en primer lugar, a quién por medio de alimentos, brebajes, medicamentos, sondeos, tratamientos o de otro modo cualquiera, causare o cooperare directamente a causar el aborto de una mujer embarazada, aun cuando ésta lo consienta; y en segundo lugar, a la mujer que causa su propio aborto o que consiente que otro se lo cause,⁹⁰³ siempre que el aborto se haya efectuado. Asimismo, con prisión de 6 meses a 2 años a las personas que

⁸⁹⁹

Un ejemplo más es el caso de Leslie Briceño (una de las promotoras de esta campaña despenalizadora), quien hace 6 años se resignó a la idea de morir a raíz de un embarazo ectópico, pues su embrión estaba fuera del útero. Un consejo médico decidió no extraerle el feto en virtud de la legislación de Nicaragua que prohíbe el aborto en cualquier caso. Por esa razón, Briceño y otras 14 personas recorrieron el país en busca de firmas que respaldaran la presentación de una iniciativa de ley para restituir la interrupción del embarazo cuando la madre está en peligro de muerte, como fue su caso.

⁹⁰⁰

Cfr. MATILDE CÓRDOBA, Nicaragua: la lucha de Leslie por despenalizar el aborto terapéutico, en Diario Proceso de 6 de noviembre de 2015, en <http://www.proceso.com.mx/420174/nicaragua-la-lucha-de-leslie-por-despenalizar-el-aborto-terapeutico>.

⁹⁰¹

Decreto-Ley núm. 2274 del 20 de agosto de 1884. Modificado por las Leyes 1690 del 8 de abril de 1948 G.O. 6783; 224 del 26 de junio del 1984; y 46-99 del 20 de mayo del 1999.

⁹⁰²

Téngase en cuenta los artículos 22 y 23 del CP de República Dominicana. El Art. 22 (modificado por las Leves 224 del 26 de junio del 1984 y 46-99 del 20 de mayo del 1999), establece textualmente: “*Toda persona de uno u otro sexo, condenada a la reclusión menor, será encerrada en la cárcel pública y empleada en trabajos, cuyo producto se aplicará en parte a su provecho, en la forma que lo determine el Gobierno.*” Asimismo el art. 23, el cual dispone literalmente: “*La duración máxima de esta pena será de cinco años, y la mínima de dos años.*”

⁹⁰³

Según este precepto esto es, consentir a otro para hacer uso de las sustancias que con ese objeto se le indiquen o administren, o a someterse a los medios abortivos.

ponen en relación o comunicación a la mujer embarazada y a otra persona para que le produzca el aborto, siempre que el aborto se realice y aun cuando esa persona no haya cooperado directamente al aborto. A los médicos, cirujanos, parteras, enfermeras, farmacéuticos y otros profesionales médicos, que abusando de su profesión causan el aborto o cooperan a él, se les sanciona con la pena de 5 a 20 años de reclusión mayor⁹⁰⁴, si el aborto se realiza.⁹⁰⁵

Ante la posibilidad de que la prohibición absoluta del aborto pudiera dar paso a la despenalización de la interrupción del embarazo en ciertos supuestos, en el año 2010 los sectores ultraconservadores de República Dominicana, liderados por la iglesia católica, promovieron el reconocimiento constitucional del derecho a la vida desde el momento de la concepción. Posteriormente lograban la aprobación del art. 37 de la Constitución de 2010 que dispone la inviolabilidad del derecho a la vida desde el momento de la concepción hasta la muerte. De esta manera, en la práctica se iguala al *nasciturus* con la persona humana, y propiamente en materia de aborto, con la mujer embarazada.

En 2014 se promulga un nuevo CP en la República Dominicana⁹⁰⁶ que despenalizaba parcialmente el aborto mediante el modelo de indicaciones. Se autorizaba así el aborto para salvar las dos vidas (la de la madre y la del feto) hasta donde fuese posible, en caso de embarazo como resultado de un delito de violación o incesto, y cuando clínicamente se evidencien malformaciones del feto incompatibles con la vida. Así lo disponía el art. 110 de dicho CP que disponía textualmente: *“Eximentes. La interrupción del embarazo practicado por personal médico especializado en establecimiento de salud, públicos o privados, no es punible si se agotan todos los medios científicos y técnicos disponibles para salvar las dos vidas, hasta donde sea posible. Párrafo. La interrupción del embarazo por causa de violación, incesto, o el originado en malformaciones del embrión incompatible con la vida clínicamente comprobada, estarán sujetos a los requisitos y protocolos que se establezcan mediante ley especial.”*

904

El art. 18 del CP de la República Dominicana (modificado por las Leves 224 del 26 de junio de 1984 v 46-99 del 20 de mayo del 1999) dispone textualmente: *“La condenación a reclusión mayor se pronunciará por tres años a los menos y veinte a lo más.”*

905

En todos los casos de este artículo, los reos de los delitos podrán ser condenados, además de la pena principal, a la accesoria de sujeción a la vigilancia de la alta policía por 5 años, sin perjuicio de las indemnizaciones que puedan resultar en favor de los agraviados.

906

Ley 550-14 que establece el Código Penal de la República Dominicana.

Sin embargo, el TC dominicano, mediante Sentencia TC/0599/15, de 17 de diciembre de 2015, declara inconstitucional el nuevo CP por cuestiones de forma, sin pronunciarse sobre la constitucionalidad de su contenido que entre otras cuestiones incluía la despenalización del aborto mediante el modelo de las indicaciones.⁹⁰⁷

Según el TC, el CP de 2014 no cumplía con las formalidades requeridas por la Constitución para ser aprobado, luego de ser observado por el Presidente. Según la Sentencia TC/0599/15, la Cámara de Diputados incurrió en un “vicio sustancial” durante el procedimiento legislativo, al aprobar unilateralmente esta Ley, sin el correspondiente envío al Senado de las observaciones del Poder Ejecutivo a varios preceptos del nuevo CP. De manera que al obviarse un trámite materialmente imprescindible y relevante se cayó en una práctica impropia y violatoria del espíritu y la letra de la Constitución (la participación de las dos cámaras en la elaboración de la ley -en aplicación del principio del paralelismo de las formas), lo que afecta irremediablemente la validez y constitucionalidad del nuevo CP. Así, el TC no falló sobre los preceptos del aborto, de hecho, con relación al argumento de los recurrentes en el sentido de que los artículos relativos al aborto (107, 108, 109 y 110 del nuevo Código Penal, Ley 550-14) contravienen el derecho a la vida consagrado en el art. 37 de la Constitución, el TC consideró innecesario que fuesen objeto de ponderación, en tanto esta Ley se declara inconstitucional tan sólo “por violación del procedimiento previsto para el conocimiento de las observaciones hechas por el presidente de la República”. Y, según dice el Tribunal, “por la misma razón expuesta tampoco se abordaba el tema de incumplimiento de la mayoría para aprobar las observaciones presidenciales, ni tampoco el alegado desconocimiento de la naturaleza orgánica del CP.”⁹⁰⁸ Se acuerda así la inconstitucionalidad del CP en su conjunto y a efectos de aborto se mantiene vigente el art. 317 del CP de 1884 que prohíbe el aborto en cualquier caso. Por tanto podemos concluir que En conclusión, la Sentencia del TC dominicano no representa un obstáculo legal para la aprobación de las disposiciones penales despenalizadoras del aborto mediante el modelo de indicaciones contenidas en el CP dominicano de 2014.

⁹⁰⁷

Esta resolución es la respuesta a un recurso de inconstitucionalidad presentado por las fundaciones Justicia y Transparencia, Transparencia y Democracia y la Fundación Matrimonio Feliz.

⁹⁰⁸

Véase Sentencia TC/0599/15 del Tribunal Constitucional de República Dominicana, de 17 de diciembre de 2015, disponible en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/content/sentencia-tc059915>.

La despenalización del aborto de 2014 en República Dominicana no fue un hecho aislado, sino más bien la respuesta despenalizadora del legislador positivo ante un caso cruel que sucedía en este país en 2012. Se trata del polémico caso de Rosaura Almonte, conocida también como “Esperancita”, una adolescente de origen muy humilde, que murió con tan sólo 16 años después que se le denegara el tratamiento de quimioterapia que precisaba para tratar la leucemia, en tanto estaba embarazada de 7 semanas y dicho tratamiento ponía en peligro la vida del feto. El 2 de julio de 2012 la menor acudía con su madre al hospital aquejándose de dolores abdominales, se le diagnostica leucemia aguda y se determina que la niña requiere la administración inmediata de quimioterapia, no obstante, los médicos tratantes se niegan a administrar el tratamiento de quimioterapia aduciendo que la legislación dominicana penaliza el aborto sin excepciones. Gracias a la fuerte presión mediática y a la indignación pública que suscitó este caso, Esperancita recibió quimioterapia 24 días después de su ingreso en el hospital, pero para entonces ya era demasiado tarde. La crueldad de esta historia, donde una joven de tan sólo 16 años pierde la vida y una madre pierde a su única hija por razones que seguramente se podían haber evitado, ha convertido este caso en el símbolo de un movimiento en favor de los derechos de las mujeres en este país, gracias a iniciativas judiciales y al acompañamiento político y social y de organizaciones internacionales pro derechos humanos. De ahí, que a partir de la Sentencia del TC dominicano (TC/0599/15), instituciones, organizaciones de mujeres, agrupaciones políticas, sindicales y organizaciones internacionales han venido exigido al legislador y al Gobierno de República Dominicana que se promulgue nuevamente un CP que garantice la protección general de los derechos humanos de las mujeres, y especialmente el derecho a la vida y a la salud, de manera que se proteja a las mujeres dominicanas de tratos crueles, inhumanos y degradantes.

En conclusión, es indudable la influencia que tuvo la realidad social en el cambio despenalizador del aborto de 2014 en República Dominicana, siendo lamentable que el legislador positivo, una vez más, haya respondido amparando los derechos humanos de las mujeres a raíz de un caso sangrante que puso en evidencia el desprecio absoluto de los derechos fundamentales de las mujeres dominicanas en la legislación de este país. Asimismo, es innegable que volver a un CP que data del año 1884 supone un retroceso gravísimo para los derechos humanos de las mujeres que son reconocidos como tales en el derecho internacional y que deben ser de obligatorio cumplimiento para la República Dominicana.

1.3. La prohibición absoluta del aborto en El Salvador

Actualmente, el aborto en El Salvador se rige por el modelo de prohibición absoluta, encontrándose regulado en los artículos 133 y sigs. del CP.⁹⁰⁹ El art. 133 castiga con prisión de 2 a 8 años a quien produce un aborto con consentimiento de la mujer, o a la mujer embarazada que produce su propio aborto o consiente que otra persona se lo realice. El art. 134 castiga con la pena de prisión de 4 a 10 años al que realiza un aborto sin consentimiento de la mujer, o habiendo logrado su consentimiento mediante violencia o engaño. El art. 135 castiga con prisión de 6 a 12 años el delito de aborto agravado, esto es, el aborto cometido por médico, farmacéutico o por personas que realizan actividades auxiliares a las referidas profesiones, cuando se dedicaren a dicha práctica de forma habitual, imponiendo además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad por el mismo período. El art. 136 penaliza con prisión de 2 a 5 años la inducción o ayuda al aborto (inducir a una mujer o facilitarle los medios económicos o de otro tipo para que se practique un aborto), aumentando la sanción en una tercera parte de la pena máxima señala, cuando la persona que ayuda o induce al aborto es el progenitor de la embarazada.⁹¹⁰ Y por último, el art. 137 castiga con prisión de 6 meses a 2 años a quien produce un aborto culposo. No obstante, este mismo precepto exime de dicha pena a la mujer embarazada que por culpa produce su propio aborto o bien ejecuta esta conducta en grado de tentativa.

Ahora bien, el aborto fue legal en El Salvador durante casi 24 años, en virtud del modelo de indicaciones acogido por el CP salvadoreño de 1973⁹¹¹ que resultaba derogado en 1997 con la entrada en vigor del actual CP. El art. 169 del CP de 1973 declaraba no punible el aborto terapéutico, criminológico y eugenésico al disponer literalmente: *“No es punible: 1) El aborto culposo propio que se hubiere ocasionado la mujer o la tentativa de ésta para causar su aborto. 2) El aborto realizado por facultativo con el propósito de salvar la vida de la madre, si para ello no hubiere otro medio, y se realizare con el consentimiento de la mujer y previo dictamen médico. Si la mujer fuere menor, incapaz o estuviera imposibilitada de dar el consentimiento, será necesario el de*

⁹⁰⁹ Decreto Legislativo núm. 1030, de 26 de abril de 1997, que entraba en vigor el 20 de abril de 1998.

⁹¹⁰ Si la persona que ayuda o induce al aborto es el progenitor, la sanción aumenta en una tercera parte de la pena máxima señalada.

⁹¹¹ Decreto Legislativo núm. 270, de 13 de febrero de 1973 que entró en vigencia el 15 de junio de 1974.

su cónyuge, el de su representante legal, o el de un pariente cercano. 3) El realizado por facultativo, cuando se presume que el embarazo es consecuencia de un delito de violación o de estupro y se ejecutare con consentimiento de la mujer. 4) El practicado por facultativo con el consentimiento de la mujer cuando el propósito sea evitar una deformidad previsible grave en el producto de la concepción.”⁹¹²

Esta reforma fue apoyada por el sector católico de la Asamblea Legislativa salvadoreña, así como por grupos pro-vida (“sí a la vida”) y de derechas. Esto demuestra la fuerte influencia de la iglesia católica en este país latinoamericano, en tanto con base en la doctrina cristiana que defiende incondicionalmente la protección absoluta de la vida desde el momento de la concepción, se logra derogar un sistema despenalizador que había regido durante muchos años ofreciendo a las mujeres salvadoreñas una valiosa expectativa ante situaciones extremas en las que estaba en riesgo su vida, el embarazo resultaba de una violación o era previsible la presencia de deformidades graves del feto. Así, la Asamblea Legislativa de El Salvador prescinde sin más de todas las formas de aborto legal del sistema de indicaciones del CP anterior, cayendo en un claro retroceso en materia de derechos de las mujeres salvadoreñas, desandado legislativamente hasta tornar al desprecio absoluto de los derechos fundamentales de las mujeres de este país. De este modo, El Salvador se opone a los objetivos en materia de salud sexual y reproductiva de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo de 1994 y de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing de 1995.

Pareciera que la reforma de la legislación penal salvadoreña no fue suficiente para la Asamblea Legislativa de este país, quien iba más allá, hasta lograr en 1999 la protección de la vida mediante “blindaje constitucional”. Con ocasión de la Ratificación del Acuerdo de Reforma Constitucional de 1999 (Decreto Legislativo núm. 541, de 3 de febrero de 1999), se incluía un nuevo párrafo (segundo) en el art. 1 de la Constitución, a partir del cual se reconoce expresamente como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción, dándole un giro de 360 grados a la Constitución Política de este país.

Así las cosas, en El Salvador el aborto está absolutamente prohibido, de manera que las mujeres no pueden abortar ni siquiera cuando su vida o su salud corren serio

⁹¹²

El sistema de indicaciones del CP salvadoreño de 1973, ya estuvo presente en algunos anteproyectos de ley como el Proyecto de Revisión de 1943 y el Proyecto de Código Penal de 1960.

peligro. Así lo demuestra el caso salvadoreño que dio la vuelta al mundo y reavivó el debate sobre la necesaria despenalización del aborto en este país. Este es el caso de Beatriz (nombre ficticio), una joven de origen humilde, que con tan sólo 22 años resultó embarazada de 18 semanas de un feto inviable por anencefalia, diagnosticándole varias enfermedades graves como lupus y problemas renales que hacían del embarazo un grave peligro para su salud e incluso para su vida. En este caso, si bien los médicos confirmaron que Beatriz podía morir si continuaba con el embarazo, ninguno de ellos quiso realizar el aborto por miedo a ser enjuiciados y condenados en aplicación de la legislación vigente en este país.

El 11 de abril de 2013 Beatriz acudió a la Sala de lo Constitucional del Tribunal Supremo de El Salvador para pedir el amparo de sus derechos a la vida y a la salud, y obtener la autorización del aborto terapéutico. No obstante, esta Sala, mediante la Sentencia 310-2013, de 28 de mayo de 2013, desestimaba el recurso de amparo presentado por la joven, obligándola a continuar con el embarazo, mientras prescribía a las autoridades sanitarias continuar con la monitorización de la joven para mantenerla en “condición establece de salud” brindándole el tratamiento “que en cada momento resultase idóneo para su condición médica, en tanto reconocía expresamente que el estado de salud de Beatriz no era un estado de salud permanente.”⁹¹³ Esencialmente, la Sentencia sostiene que los derechos de la madre no pueden privilegiarse sobre los del *nasciturus* ni viceversa; asimismo, que existe un impedimento absoluto para autorizar la

⁹¹³

En este sentido dispone la Sentencia: “(...)dado que las autoridades del Hospital Nacional de Maternidad le proporcionaron a la señora B.C. el tratamiento que, según la ciencia médica, le garantizaba sus derechos a la salud y a la vida, el cual consistió en internarla, monitorear constantemente su estado de salud y suministrarle los medicamentos necesarios para estabilizarla, se concluye que, al momento específico de la presentación de la demanda y durante el presente proceso, dichas autoridades no han incurrido en la omisión que se les imputa y, por consiguiente, no existe la vulneración de derechos fundamentales alegada. En efecto, la paciente subsiste y se encuentra en condiciones estables de salud, a pesar de su estado de embarazo y de las enfermedades que padece.” El texto íntegro de esta Sentencia se encuentra disponible en [— 489 —](http://www.iurisprudencia.qob.sv/VisorMLX/Documento/ResultadoBusqueda.aspx?data=EGTGlcWZXLszIFh522n04r7arXGxHe2FUPS6kxmLta2O4xHt950h3JefnL7R5Hw6WuR9ChR0r4UPiiEW4Um6idCovuCoi3EaAc9ov0BOTW2u5d8/hyGM9cUY+tkJv259MyVKx/sp4SM30GXdwxbUTR08+itx/mptRvCJDmSFwJ9YjpU7GbDOVAkeH/VwVo5uE4I1kufYtJiGraKOsZoS1meY+NH6NLOIC4ziXvOPWH2SNKqebiafWGbEn8vhGPwXK2+JoShWZGp267/bxGEKCrIMHxX0QhTdv9iSCqp9a6rpTT82x/QWAWYSupQG5jHhETwuhUE7WK5KiUKdfPGQfbHwjiP5m1/M1eWXG7VWRAMd4rIFs9zm4dVcUYIGMktCE2oyGYB0yl3uSLrfpq1aKkxqfOSbmO22siqhe4OQhZniV6FGMXrYcRLXjTO0EoQh9qtEqzKuqYMXBJJ0DKOCwqFtcwSd4Ysf7fx7ldyRG+b+AN2m8woz7u7px1H3+vX+tk73JtYS3QXHLexRj+aG6ZYEBVRaNU12Mw3p4U2IZgF6ITya3O8qv1Y4Oe77rEoREqaf7JFHGLYGqnTzK65UNoGyBySNU6XKLvrR94HE.”</p>
</div>
<div data-bbox=)

práctica de un aborto por contrariar la protección constitucional que se otorga a la persona humana “desde el momento de la concepción” en el art. 1, 2º de la Constitución salvadoreña. Esta Sentencia revalida el fallo emitido a efectos de este caso por el Instituto de Medicina Legal de El Salvador, en el que los expertos en salud aseguraron que no había una razón médica para suspender el embarazo de la joven.⁹¹⁴

En mayo del 2013, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) con sede en Washington sometía ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (con sede en San José de Costa Rica) el caso de Beatriz, en el marco de una solicitud de medidas provisionales.⁹¹⁵ Así, el 29 de mayo de 2013 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictaba una resolución que acordaba medidas provisionales a favor de Beatriz para salvaguardar sus derechos a la vida, integridad personal y salud, después de verificar los hechos sometidos a su conocimiento y la concurrencia de los elementos esenciales para decretar dichas medidas (extrema gravedad, urgencia y la posibilidad de un daño irreparable).⁹¹⁶ En esta resolución la Corte requería al Estado de El Salvador

914

El carácter sangrante de este caso llevó a organizaciones como Human Rights Watch, Amnistía Internacional e incluso a la ONU a pedir al Gobierno salvadoreño que reconsiderara su legislación represiva sobre el aborto. Véase Informe de Amnistía Internacional titulado “Al borde de la muerte: Violencia contra las mujeres y prohibición del aborto en El Salvador”, de septiembre de 2014 (índice AMR 29/003/2014), disponible en <http://amnistiainternacional.org/publicaciones/219-al-borde-de-la-muerte-violenca-contra-las-mujeres-y-prohibicion-del-aborto-en-el-salvador.html>.

915

Conocida la Sentencia de la Sala Constitucional de El Salvador sobre el caso de Beatriz, un grupo de organizaciones no gubernamentales (Colectiva Feminista para el Desarrollo Local de El Salvador, Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugénico de El Salvador, Ipas Centroamérica y Centro por la Justicia y el Derecho Internacional o CEJIL) denunció al Estado salvadoreño ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por el polémico caso de Beatriz, alegando que El Salvador incumplió sus obligaciones internacionales por no respetar los derechos humanos de la joven al no permitirle un aborto terapéutico oportuno, en virtud de la prohibición y penalización absoluta del aborto en dicho país. Solicitaban que se reparara integralmente el daño ocasionado y que se le ordenara al Estado salvadoreño la modificación de su normativa interna para garantizar plenamente a las mujeres, entre otros derechos, el derecho a la salud, a la integridad personal, los derechos reproductivos y el derecho a una tutela judicial efectiva.

916

Como señala ARANGO OLAYA, la Corte Interamericana de Derechos verificó la gravedad del estado de salud de Beatriz mediante todos los estudios médicos presentados los cuales indicaban que la mayor causa de mortalidad materna en pacientes embarazadas concordaban con el diagnóstico de LES y nefritis lúpica, enfermedades que sufría la joven. La urgencia era verificada por esta Corte en tanto se constató que si bien en determinados momentos Beatriz se encontraba estable, el dictamen del médico tratante establecía que “a pesar de que la paciente se encuentra estable de su enfermedad debido a los cambios fisiológicos propios del embarazo aunado a la historia natural de la enfermedad de base, podría presentarse crisis en cualquier momento, volviéndose impredecible en qué

adoptar y garantizar, de manera urgente, todas las medidas necesarias y efectivas para que el grupo médico tratante de la señora B pudiera adoptar, sin interferencia alguna, las medidas médicas que se considerasen oportunas y convenientes para asegurar la debida protección de los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y, de este modo evitar daños que pudiesen llegar a ser irreparables a los derechos a la vida, a la integridad personal y a la salud de la joven.

En consecuencia, el Ministerio de Salud de El Salvador determinó que Beatriz podía ser sometida a un parto inducido teniendo en cuenta que ya había superado las 20 semanas de gestación. Así, el 3 de junio de 2013 se le practicaba a la joven una cesárea, naciendo una niña viva pero sin cerebro, que naturalmente moría horas más tarde.⁹¹⁷

Existen casos de mujeres salvadoreñas que habiendo sido denunciadas inicialmente por delito de aborto han resultado condenadas por homicidio agravado con penas de hasta 40 años de prisión.⁹¹⁸ Este es el caso de María Teresa Rivera, una salvadoreña de

instante presentará una emergencia médica". Y por último, el daño irreparable era verificado por la Corte a partir de los riesgos que el embarazo de un feto anencefálico podían conllevar en la salud de la madre, tales como hemorragia obstétrica grave, agravamiento del lupus, empeoramiento de su falla renal o pre eclampsia grave. Igualmente, consideró el estado emocional de Beatriz en tanto se había resaltado que esta situación también estaría poniendo en peligro la salud mental de la joven, de manera que la Corte determinó así que se verificaba el riesgo del daño irreparable en la vida e integridad tanto física como mental de Beatriz. Cfr. ARANGO OLAYA, ADH, núm. 10, 2014, 177-185.

917

En consecuencia, el 19 de agosto de 2013 la Corte Interamericana de Derechos Humanos levantó las medidas provisionales.

918

Téngase en cuenta que el homicidio agravado en El Salvador está castigado con la pena de prisión de 30 a 50 años. En este sentido el art. 123 del CP salvadoreño de 1997, que considera homicidio agravado el cometido por el ascendiente o descendiente, adoptante o adoptado, hermano, cónyuge o persona con quien conviviere maritalmente la víctima; cuando el homicidio ocurriere, en su caso, para preparar, facilitar, consumar u ocultar los delitos de secuestro, violación, agresión sexual, robo, extorsión, actos de terrorismo, asociaciones ilícitas, comercio ilegal y depósito de armas, contrabando, lavado de dinero y activos y los comprendidos en el II de este Código relativo a los delitos de la corrupción y Capítulo IV de la Ley reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas o para asegurar los resultados de cualquiera de ellos o la impunidad para el autor o para sus cómplices o por no haber logrado la finalidad perseguida al intentar cualquiera de los delitos mencionados; cuando se cometa con alevosía, premeditación, o con abuso de superioridad; o utilizando veneno u otro medio insidioso; con ensañamiento o aumento deliberado del dolor del ofendido; cuando medio precio, recompensa, o promesa remuneratoria; por motivos abyectos o fútiles; cuando fuere ejecutado por autoridad civil o militar, prevaleciéndose de tal calidad; cuando estuviere precedido de desaparición forzada de personas; o cuando fuere ejecutado en la persona de un funcionario público, autoridad pública, agente de autoridad, o en miembros del personal penitenciario, sea que se encuentren o no en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas.

28 años de edad quien habiendo sufrido un parto espontáneo que derivó en la muerte del producto de la gestación, era declarada culpable de homicidio agravado y condenada a 40 años de prisión por el Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador el 27 de julio de 2012.⁹¹⁹ Al parecer, el 24 de noviembre de 2011 María Teresa se encontraba en su casa cuando se levantó a tomar agua, se desmayó y al recobrar el sentido observó que sangraba, de manera que fue al baño y sintió que algo le salió por la vagina.⁹²⁰ Auxiliada por la Cruz Roja y su suegra, María Teresa fue trasladada a la Unidad Primero de Mayo del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, donde fue atendida por una ginecóloga quien indicó que María Teresa “presentaba sangrado por parto vaginal y salida de cordón umbilical”. La enfermera que también atendió a la mujer notificó los hechos a la policía, de ahí que mientras María Teresa estaba hospitalizada, los agentes de la Unidad de Investigaciones de la Delegación Policial del municipio de Mejicanos (policías judiciales), acudieron a su vivienda (que ya era custodiada por otros policías) en coordinación con el Cuerpo de Bomberos para rastrear la fosa séptica de la casa de María Teresa, y, -de acuerdo con la Sentencia- “sustrajeron el cuerpo de un recién nacido”.

El caso de María Teresa ha sido apoyado por diversas organizaciones no gubernamentales como la Agrupación ciudadana por la despenalización del aborto y Amnistía Internacional, por considerarlo un caso alegórico en el que se dieron diferentes errores y vicios, como por ejemplo que el juez en la Sentencia relacionó una testigo que dijo ser compañera de trabajo y que expresó que María Teresa le había comentado en enero de 2011 que estaba embarazada, pero el hecho por el que fue juzgada ocurrió el 24 de noviembre de 2011, por lo que el juez utilizó un elemento testimonial admitiendo que esta mujer tuvo un periodo de gestación de 10 meses y 24 días. A favor de esta mujer se presentó indulto ante la Comisión de Justicia y Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa salvadoreña el 1 de abril de 2014, así como ante la Corte Suprema de Justicia de El Salvador el 22 de enero de 2015, fundamentando que a María Teresa se le detiene, investiga y juzga bajo una presunción de culpabilidad, en violación del principio de inocencia, en tanto el sistema de justicia y el personal sanitario presumieron su

⁹¹⁹ Sentencia núm. 113-2012-3a del Tribunal Tercero de Sentencia de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) de El Salvador.

⁹²⁰ Así se establece en la narrativa de hechos de la Sentencia. Véase la historia de María Teresa Rivera, contada por ella misma y por la Agrupación Ciudadana a Amnistía Internacional en el Informe de Amnistía Internacional titulado “Al borde de la muerte: Violencia contra las mujeres y prohibición del aborto en El Salvador”, de septiembre de 2014 (índice AMR 29/003/2014), 37 y sigs.

culpabilidad a pesar de la falta de testigos presenciales que acreditaran que ella provocó la muerte de su hijo “por asfixia perinatal (voluntaria)”. Asimismo, se argumenta que las pruebas no acreditaron el tiempo del producto de gestación pues la autopsia fue hecha a destiempo, de modo que esta mujer había sufrido discriminación “por el pensamiento estereotipado de género que tiene el personal de salud”. No obstante, el indulto fue negado. Favorablemente, el pasado 20 de mayo de 2016 se resolvía el recurso de revisión presentado contra la Sentencia núm. 113-2012-3a del Tribunal Tercero de Sentencia que condenó a María Teresa, de manera que el juez ROGEL ZEPEDA del mismo Tribunal resolvía no haber suficientes elementos que probaran la comisión de delito por parte de María Teresa, admitiendo que su condena fue un “error judicial”, ordenando anular la Sentencia y poner a María Teresa inmediatamente en libertad. María Teresa quedaba en libertad ese mismo día, después de casi 5 años de haber entrado en prisión. Pero acto seguido la Fiscalía General de la República de El Salvador apelaba la suspensión de la pena a favor de esta mujer.

GARAY ZARRAGA señala que una investigación de la Agrupación ciudadana por la despenalización del aborto terapéutico, ético y eugenésico de 2015, demuestra que a diciembre de 2014 se habían identificado cuarenta mujeres condenadas a penas entre 12 a 40 años de prisión por homicidio agravado, aunque al revisar sus casos se comprueba que estas mujeres sufrieron partos precipitados extra hospitalarios que provocaron la muerte de la criatura en gestación, y llamativamente todas ellas eran mujeres de origen muy humilde, sin que nunca se demostrara que cometieran el delito del que se les acusa, de modo que no vieron reconocido su derecho a la presunción de inocencia ni tuvieron un proceso judicial con las debidas garantías legales.⁹²¹

En definitiva, sin lugar a dudas la implacable prohibición del aborto en este país está comprometiendo seriamente la vida de las mujeres y niñas en El Salvador, empujándolas a abortos inseguros y clandestinos u obligándolas a llevar a término peligrosos embarazos, lo que supone una ofensa arbitraria a los derechos fundamentales de estas

921

Por este motivo la Agrupación ciudadana puso en marcha la campaña por la liberación de Las 17, que busca el indulto de 17 mujeres salvadoreñas que, tras haber sufrido emergencias obstétricas y abortos espontáneos, han sido acusadas de haberse provocado un aborto y, a pesar de la falta de evidencias, han resultado condenadas entre 1999 y 2011 a penas de 12 a 40 años de cárcel por homicidio agravado. Cfr. GARAY ZARRAGA, *El derecho al aborto ante la reacción patriarcal. Casos emblemáticos de la violación de los derechos humanos de las mujeres en relación al aborto en América Latina*, 2016, 40 y sigs.

mujeres, siendo hora de que las autoridades salvadoreñas tomen cartas en el asunto y modifiquen su legislación permitiendo así a sus mujeres el ejercicio de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la dignidad humana, a la libertad, etc.

1.4. Epílogo de la prohibición absoluta del aborto en Latinoamérica

Nicaragua, República Dominicana y El Salvador prohíben el aborto en cualquier supuesto, incluso cuando existe riesgo para la vida o la salud de la mujer embarazada. No obstante, en la legislación nicaragüense y salvadoreña se declara no punible el aborto culposo cuando quien lo ejecuta es la propia mujer embarazada.

Resulta especialmente revelador que en los últimos años se hayan aprobado reformas legislativas en Nicaragua (2006) y en El Salvador (1997) que derogan la legalidad del aborto terapéutico que estuvo vigente en estos países durante muchos años, comprometiendo gravemente la vida de las mujeres en vez de avanzar en el camino de la despenalización del aborto para garantizarles sus derechos fundamentales y reconocerles sus derechos sexuales y reproductivos. Más aún, que en Nicaragua se haya invalidado el aborto terapéutico en plena campaña electoral, en la que los partidos políticos, para ganar votos, prometieron su apoyo a la penalización absoluta del aborto cediendo ante los objetivos de las instituciones religiosas; y que en El Salvador la derogación del aborto terapéutico fuese apoyada por el sector católico de la Asamblea Legislativa salvadoreña, grupos pro-vida (“sí a la vida”) y grupos de derechas.

Igual de significativo resulta que en los últimos años en El Salvador (1999) y en República Dominicana (2010) incluso se hayan celebrado procesos constituyentes que han decretado en la Constitución el derecho a la vida desde el momento de la concepción y el reconocimiento como persona a todo ser humano desde el momento de la concepción, respectivamente.

Así que, el retroceso legislativo en materia de aborto acontecido en Nicaragua y en El Salvador deja completamente desprotegidas a las mujeres y niñas cuando el embarazo pone en riesgo su vida o su salud. Procedimientos médicos recomendados como buenas prácticas para salvar la vida de la madre ante embarazos de riesgo, ahora resultan ilegales, colocando en una difícil posición a los profesionales de la medicina de estos países.

Cabe concluir la falta de interés del poder legislativo de República Dominicana por solventar el “vicio sustancial” en que incurrió al promulgar en 2014 el nuevo CP que despenalizaba el aborto en varios supuestos (al aprobarse unilateralmente sin el correspondiente envío al Senado de las observaciones del Poder Ejecutivo a varios preceptos del nuevo CP), en virtud del cual el TC declaraba su inconstitucionalidad (Sentencia TC/0599/15, de 17 de diciembre de 2015), pues hasta ahora no ha promulgado nuevamente un CP que garantice la protección general de los derechos humanos de las mujeres, y especialmente su derecho a la vida y a la salud. De esta manera se mantiene en la República Dominicana el desprecio los derechos fundamentales de las mujeres mientras no se les proteja de tratos crueles, inhumanos y degradantes en torno al aborto retrotrayéndose mientras tanto al CP de 1884.

Claramente, la fuerte influencia de la iglesia católica y evangélica es la causa que determina el desprecio de los derechos fundamentales de las mujeres de estos países, y más concretamente, el nulo reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos. Los fundamentalismos religiosos actúan desde una pluralidad de lugares en estas sociedades, influyendo decisivamente no sólo sobre los partidos políticos sino también en las conciencias de los nicaragüenses, dominicanos y salvadoreños. De ahí que las instituciones políticas y religiosas de estas naciones, con base en las doctrinas religiosas conservadoras, nieguen la subjetividad de las mujeres y su autonomía sin tener en cuenta los avances sociales experimentados en los últimos años y la conquista de derechos que han venido logrando las mujeres.

Por último, se deben señalar las amplias desigualdades sociales que existen en torno al aborto entre las mujeres de estos países, que sin duda es resultado del modelo de prohibición absoluta del aborto cuyas legislaciones totalmente abusivas generan claras discriminaciones por razón de la clase social. Las mujeres que cuentan con cierta cultura y medios económicos tienen la posibilidad de acceder fácilmente a métodos anticonceptivos, a interrupciones del embarazo en clínicas privadas (aunque la clandestinidad hace que pongan en riesgo su vida y su salud, exponiéndose a una posible condena judicial) o incluso tienen posibilidad de viajar a otros países a abortar legalmente en condiciones sanitarias idóneas. Mientras tanto las mujeres más pobres y de los sectores rurales más marginados se ven obligadas a continuar con embarazos que no desean o que ponen en riesgo su vida y su salud.

2. *La regulación del aborto en Chile*

Resulta necesario desligar a Chile de los países latinoamericanos que prohíben el aborto de manera absoluta, pues si bien en este momento el aborto es ilegal en este país en casi todos los casos, inclusive el aborto terapéutico en su sentido amplio (CP chileno de 1874), al día de hoy el Senado chileno está tramitando, en unión con la Cámara de Diputados, la formación de una nueva ley que despenalizaría parcialmente el aborto mediante un sistema de indicaciones que incluye las causales de riesgo para la vida de la madre, inviabilidad fetal y violación. Este proyecto fue ingresado en la Cámara de Diputados en diciembre de 2014, siendo aprobado por la misma Cámara el pasado 17 de marzo de 2016, pasando a su respectivo trámite en el Senado donde se encuentra en este momento.⁹²²

En atención a lo anterior, hasta ahora la legislación sobre el aborto en Chile estaba considerada como una de las más restrictivas del mundo, por declarar la punibilidad del aborto bajo cualquier circunstancia, salvo el aborto terapéutico cuando es consecuencia prevista pero no buscada de procedimientos médicos destinados a salvar la vida de la madre.

El aborto punible en Chile se regula en los artículos 342 a 345 del CP chileno de 1874.⁹²³ El art. 342 castiga con pena de presidio mayor en su grado mínimo⁹²⁴ a quien “maliciosamente” causa un aborto, si se ejerce violencia; con pena de presidio menor en su grado máximo,⁹²⁵ si, aunque no ejerza violencia obre sin consentimiento; y con la pena de presidio menor en su grado medio, si la mujer consiente. El art. 343 castiga con presidio menor, en sus grados mínimos a medio,⁹²⁶ al que con violencia ocasione un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de

⁹²² Esta información ha sido consultada por última vez el 19 de mayo de 2016.

⁹²³ Ley de 12 de noviembre de 1874 por la que se aprueba el Código Penal de la República de Chile.

⁹²⁴ El art. 56 del CP chileno de 1874, concerniente a la aplicación de las penas, establece que las penas divisibles constan de tres grados, mínimo, medio y máximo, cuya duración se determina en función de la tabla demostrativa contenida en este precepto. En este caso, el presidio mayor en su grado mínimo equivale al tiempo de 5 años y 1 día a 10 años.

⁹²⁵ La pena de presidio menor en su grado máximo equivale al tiempo de 3 años y 1 día a 5 años.

⁹²⁶ La pena de presidio menor en su grado mínimo equivale al tiempo de 61 a 540 días; y en su grado medio al tiempo de 541 días a tres años.

embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor. El art. 344 castiga con presidio menor en su grado máximo a la mujer que causa su aborto o consiente que otra persona se lo cause; y si lo hiciere para ocultar su deshonra, la pena será de presidio menor en su grado medio. Y el art. 345 sanciona con las penas del art. 342, aumentadas en un grado, al facultativo que, abusando de su oficio, causa el aborto o coopera a él.

Por otra parte, se considera no punible el aborto terapéutico como consecuencia prevista pero no buscada de procedimientos médicos destinados a salvar la vida de la madre.

Esta impunidad se debe a una interpretación realizada a contrario sensu del vigente art. 119 del Código Sanitario chileno, que dispone literalmente: *“No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar el aborto.”*⁹²⁷ Para comprender esta circunstancia es necesario señalar que el aborto terapéutico fue legal en Chile durante 58 años, esto es, desde 1931 hasta 1989. Durante este período toda mujer cuya vida estuviera en peligro podía solicitar el aborto cuando contaba con la aprobación de dos médicos cirujanos, por disposición expresa del anterior art. 119 del Código Sanitario. Así, el art. 119 de la edición oficial del Código Sanitario de 2 de noviembre de 1984 decía textualmente: *“Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos”*.⁹²⁸ Sin embargo, durante la dictadura militar chilena,⁹²⁹ en 1989, se elimina esta excepción a la punibilidad del aborto terapéutico, de manera que dicho precepto pasa a tener su redacción actual, prohibiendo cualquier acción cuyo fin sea producir un aborto.⁹³⁰

⁹²⁷ Ley núm. 18826, de 15 de septiembre de 1989.

⁹²⁸ Aprobada por Decreto núm. 980, de 22 de noviembre de 1984, del Ministerio de Justicia.

⁹²⁹ La dictadura militar chilena (denominada Régimen Militar), encabezada por el general Augusto Pinochet, comprende el periodo de la historia chilena que va desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 11 de marzo de 1990.

⁹³⁰ El Código Sanitario de Chile se promulgaba por primera vez el 22 de junio de 1918. El 15 de mayo de 1931 se promulgaba un segundo Código Sanitario, que introducía en el art. 119 ofreciendo a las mujeres la posibilidad de interrumpir el embarazo con fines terapéuticos. En 1967 este Código sufre una reformulación completa, transformándose en el Código Sanitario actual (en vigor desde 1968), el cual ha sufrido modificaciones desde entonces, entre ellas la reforma del art. 119 en el año 1989, vigente al día de hoy, a partir de la cual, como veremos, se elimina la legalidad del aborto terapéutico.

En todo caso, la práctica del aborto en Chile cuando peligra la vida de la madre, no cambió trascendentalmente a raíz de la reforma del art. 119 del Código Sanitario de 1989, pues a partir de la misma se opta por la aplicación del principio de doble efecto en la interpretación del nuevo texto del art. 119. Ciertamente, la diferencia radica en la técnica legislativa empleada: mientras que antes este artículo permitía de manera directa las intervenciones médicas que buscaban salvar la vida de la madre, aunque tuvieran como efecto secundario la muerte del feto ("sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo"); ahora permite de manera indirecta dichas acciones, realizándose como se ha indicado antes, una interpretación a contrario sensu del art. 119, que permite concluir que son lícitas todas las acciones médicas cuyo fin directo no sea provocar un aborto, aunque de hecho ocurra la muerte del feto. De este modo, lo que este precepto permitía antes de 1989 es lo mismo que hoy se permite bajo su nuevo texto, una cuestión que se reafirma por la coexistencia de ambas versiones del art. 119 del Código Sanitario con la misma regulación del aborto en el CP chileno.⁹³¹

Por lo demás, resulta significativo que la Comisión encargada de discutir el anteproyecto de la Constitución Política chilena tratara de introducir una prohibición constitucional de todo aborto.⁹³² No obstante, finalmente la Constitución Política de Chile de 1980 sólo optaba por disponer en su art. 19.1 que "la ley protege la vida del que está por nacer", delegando en la legislación penal la regulación del aborto.⁹³³

El debate chileno sobre la despenalización del aborto se reabre en 2013, a partir del caso de "Belén". Belén es el nombre supuesto de una niña de 11 años natural de Puerto Octay, al sur del país, que resultó embarazada de 14 semanas después de ser violada durante 2 años por su padrastro de 32 años, sin que le fuera permitido abortar en virtud de la prohibición absoluta del aborto en este país. La madre de la niña negó cualquier abuso sexual por parte de su pareja, mientras la menor advirtió que su madre estaba dispuesta a todo por proteger a su pareja en vez de apoyar a su propia hija. Este trágico caso desató la polémica en el país, de modo que miles de chilenos exigieron el aborto inmediato para

931

Pareciera que la razón que motivó la reformar del art. 119 del Código Sanitario fue su ambigüedad al utilizar la expresión "fines terapéuticos", buscando así evitar una interpretación amplia de la norma.

932

La Comisión Constituyente del 14 de noviembre de 1974 dispuso en sus actas: "La madre debe tener el hijo aunque este salga anormal, aunque no lo haya deseado, aunque sea producto de una violación o, aunque de tenerlo, derive su muerte".

933

La Constitución Política de la República de Chile de 1980 es el texto constitucional chileno actualmente vigente.

la niña y emplazaron a los políticos para que se pronuncien sobre el tema. Algunos políticos alegando la defensa de los derechos humanos se mostraron indignados por la prohibición total de la interrupción del embarazo incluso en casos de incesto o en situaciones en las que existe peligro para la madre o para el hijo, reconociendo la necesidad de despenalizar el aborto al menos en caso de violación, riesgo para la vida de la madre e inviabilidad del feto.⁹³⁴

Meses más tarde se reabría la polémica en torno al aborto en Chile, pues otra niña, “María”, esta vez de 13 años y oriunda de la comuna de Independencia en el centro de Santiago, resultaba embarazada de su abuelo materno de 66 años a partir de una violación. Según la Brigada de Delitos Sexuales de la Policía de Investigaciones, el abuelo abusaba sexualmente de la niña desde los 6 años, consiguiendo que su nieta mantuviese en secreto las violaciones gracias a diversos regalos que le hacía y al temor que éste suscitaba a la menor. Naturalmente hasta que resultó embarazada. En este caso, al menos la madre de la niña denunciaba a su padre por violación, al enterarse de lo sucedido.

Estas últimas consideraciones evidencian que el “Proyecto de Ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales” (así se denomina el proyecto de ley chileno aún en trámite en el Senado), promovido por la Presidenta del Gobierno Michelle Bachelet mediante el mensaje 1230-362 de 31 de enero de 2015,⁹³⁵ es una consecuencia directa de los casos antes expuestos, y como no, de muchos otros que siendo igual de significativos no tuvieron la misma popularidad en Chile, pero que también forman parte de la cruel realidad social de la prohibición del aborto en este país.

Así, el legislador chileno ha respondido procediendo a la despenalización del aborto a partir de casos injustos en los que se desprecia autoritariamente los derechos fundamentales de unas niñas a quienes se les niega la posibilidad de interrumpir su

⁹³⁴ Por ejemplo Guido Girardi Lavín, médico titulado, político chileno miembro del Partido por la Democracia y senador por la circunscripción electoral núm. 7 correspondiente a Santiago Poniente durante el período 2006-2013. Véase BARRENO CORTÉS, El embarazo de una niña violada reaviva la polémica sobre el aborto, Diario El Mundo, Especial para Chile de 20 de noviembre de 2013.

⁹³⁵ Téngase en cuenta que en Chile la iniciativa para legislar cuando un proyecto de ley es promovido por el presidente de la República se denomina “mensaje”.

embarazo a pesar de encontrarse en circunstancias límite que no debían ser discutibles a efectos de la legalidad del aborto.

2.1. Proyecto de Ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales

Cabe analizar brevemente el “Proyecto de Ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”.

El art. 1º de este Proyecto acuerda varias modificaciones para el Código Sanitario chileno:

En primer lugar, una nueva redacción para el art. 119, a partir de la cual dispondrá que mediando la voluntad de la mujer, un(a) médico(a) cirujano(a) se encuentra autorizado(a) para interrumpir un embarazo cuando: 1) la mujer se encuentre en riesgo vital, presente o futuro, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida; 2) el embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina; y 3) es resultado de una violación, en los términos del inciso segundo del art. 2 del mismo proyecto, siempre que no hayan transcurrido más de 12 semanas de gestación. Tratándose de una menor de 14 años, la interrupción del embarazo podría realizarse siempre que no hayan transcurrido más de 18 semanas de gestación. En cualquiera caso la mujer deberá manifestar de manera expresa, previa y por escrito su voluntad de interrumpir el embarazo. Tratándose de una menor de 14 años, además de su voluntad será precisa la autorización de su representante legal o de uno de ellos, a elección de la menor, si tuviere más de uno. A falta de autorización, la menor, asistida de un integrante del equipo de salud, podrá solicitar la intervención del Tribunal de Familia competente para que constate la concurrencia de la causal. El Tribunal autorizará la interrupción del embarazo, sin forma de juicio y verbalmente, a más tardar dentro de las 48 horas siguientes a la presentación de la solicitud, con los antecedentes que le proporcione el equipo de salud, oyendo a la menor y, si lo estimare, al integrante de éste que la asista.

Cuando a juicio del médico(a) cirujano(a) existan antecedentes para afirmar que la solicitud de autorización al representante legal generará para la menor de 14 años un riesgo de violencia intrafamiliar, coacción, amenaza o maltrato, o una posible situación de desarraigo o de abandono, se prescindirá de ésta y se solicitará una autorización sustitutiva al Tribunal de Familia competente, el que deberá pronunciarse conforme al procedimiento establecido en el inciso anterior. Las menores de edad de entre 14 y 18 años podrán manifestar por sí su voluntad para la interrupción de su embarazo, de manera que a su representante legal o a

uno de ellos a su elección sólo se le deberá informar sobre su decisión. A falta de éste, o si existen antecedentes para afirmar que la información al representante legal generará para la menor alguno de los riesgos señalados antes, la menor deberá designar otro adulto que será informado. Por último este precepto dispondría que el prestador de salud deberá entregarle a la mujer información veraz sobre las características de la prestación médica, entregándole por escrito información sobre las alternativas a la interrupción del embarazo, incluyendo la de programas de apoyo social y económico disponible, pero en ningún caso esta información estará destinada a influir sobre la voluntad de la mujer.

En segundo lugar, introduce el nuevo art. 119 bis, disponiendo los requisitos de cada causal. En los casos que autorizan los numerales 1) y 2) del artículo anterior, se deberá contar con el diagnóstico escrito de un(a) médico(a) cirujano(a) y con la ratificación de ese diagnóstico, dada por otro(a) médico(a) cirujano(a), también en forma escrita y previa. En caso de urgencia podrá prescindirse de la ratificación. Tratándose del diagnóstico de un embarazo ectópico no se requerirá la ratificación para interrumpir el embarazo. En el caso del numeral 3) del art. 119, un equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos, evaluará e informará la concurrencia de los hechos que la constituyen, debiendo dar y garantizar a la mujer un trato digno y respetuoso.

En tercer lugar introduce el nuevo art. 119 ter, que regula la objeción de conciencia del personal sanitario. Dispone que el (la) médico(a) cirujano(a) que sea requerido(a) para interrumpir el embarazo en las causales descritas, podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiera manifestado su objeción de conciencia al (la) Director(a) del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. El establecimiento tendrá la obligación de reasignar otro médico(a) cirujano(a) a la paciente o de derivarla en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción. El Ministerio de Salud deberá dictar los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia. En caso de urgencia quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo en la medida que no exista otro(a) médico(a) cirujano(a) que pueda realizar la intervención.

El art. 2 acuerda varias modificaciones al CP chileno de 1874:

Introduce el nuevo inciso tercero del art. 344 y el nuevo inciso segundo del art. 345, siendo el mismo texto en ambos casos que dispondrá: “No constituye delito de aborto la interrupción voluntaria del embarazo en los casos autorizados en el artículo 119 del Código Sanitario.”.

Agrega en el art. 175 letra d) entre las palabras “delito” e “y” lo siguiente: “con excepción del delito establecido en el artículo 344 del Código Penal, respecto del cual prima el deber de confidencialidad”.

Sustituye en el art. 200 el punto seguido (.) ubicado luego de la palabra “encontrado” por una coma (,) y agrega lo siguiente: “con excepción del delito establecido en el artículo 344 del Código Penal, respecto del cual prima el deber de confidencialidad.”.

Recapitulando, Chile está a punto de aprobar una ley de indicaciones que permitiría el aborto durante las primeras 12 semanas de gestación (18 semanas en caso de menores de 14 años) en tres supuestos: cuando la mujer se encuentre en riesgo vital presente o futuro; cuando el embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina; y cuando el embarazo es resultado de una violación.

Sin lugar a dudas, esta ley supondrá un precedente muy importante para los países de Latinoamérica que aún tienen pendiente la despenalización del aborto, máxime teniendo en cuenta que el proceso despenalizador chileno sí se ha desarrollado correctamente, en tanto es el legislador quien decretará la oportuna ley de indicaciones en virtud de sus competencias como legislador positivo, es decir, en virtud de su legitimidad democrática para legislar, lo que a nivel latinoamericano, como veremos, no sucedió en Colombia, donde el TC hacía de legislador positivo en la Sentencia C-355/06 sin ser competente para ello, una situación muy delicada por violentar el principio de división de poderes propio de los Estados de Derecho modernos.

3. *La situación del aborto en Costa Rica*

Como señalaba antes, en Costa Rica el aborto está muy restringido. Legalmente sólo se permite el aborto terapéutico (art. 121 del CP), prohibiéndose el aborto ético, eugenésico o por razones socioeconómicas.

El aborto punible está tipificado como un delito contra la vida en los artículos 118, 119, 120 y 122 del CP de 1970.⁹³⁶ El art. 118 castiga por una parte el aborto cometido sin consentimiento de la mujer embarazada (inciso 1), y por otra el realizado con su

⁹³⁶ Ley 4573, de 4 de mayo de 1970.

consentimiento (inciso 2). En primer lugar, se asigna prisión de 3 a 10 años al que causare la muerte de un feto sin consentimiento de la mujer o si ésta fuere menor de 15 años, disponiéndose la pena de prisión de 2 a 8 años cuando el feto no haya alcanzado 6 meses de vida intrauterina. En segundo lugar, se castiga con prisión de 1 a 3 años al que causare la muerte de un feto con consentimiento de la mujer, disponiéndose la pena de prisión de 6 meses a 2 años cuando el feto no haya alcanzado 6 meses de vida intrauterina. En dichos casos se eleva la respectiva pena si del hecho resultare la muerte de la mujer. El art. 119 castiga con prisión de 1 a 3 años el aborto procurado, esto es, cuando la mujer consciente que otro le cause el aborto o bien realiza ella misma su propio aborto, disponiéndose la pena de 6 meses a 2 años si el feto no había alcanzado 6 meses de vida intrauterina. El art. 120 castiga con prisión de 3 meses a 2 años el aborto honoris causa, es decir, aquel que hubiese sido cometido para ocultar la deshonra de la mujer, sea por ella misma, sea por terceros con el consentimiento de aquella. Y el art. 122 castiga con pena de 60 a 120 días de multa el aborto culposo, es decir, aquel que se causare por culpa.

Por su parte, el aborto no punible se regula en el art. 121 del CP que dispone literalmente: *“No es punible el aborto practicado con consentimiento de la mujer por un médico o por una obstetra autorizado, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y éste no ha podido ser evitado por otros medios.”*

En relación con el aborto terapéutico no punible del art. 121 del CP costarricense ocurre una situación muy grave, pues en contra de lo dispuesto en su propia legislación, Costa Rica niega a sus mujeres el acceso a dicho aborto. Al no existir en la legislación costarricense ningún tipo de regulación que concrete el alcance y las condiciones de la aplicación del aborto terapéutico no punible del art. 121 del CP, ni que garantice el efectivo acceso a la interrupción del embarazo en los supuestos allí dispuestos, las mujeres costarricenses se ven sometidas a la discreción de los médicos de los servicios de obstetricia y ginecología de los centros hospitalarios para acceder a los servicios legales de aborto, encontrándose con el grave problema de que la mayoría de médicos y obstetras de dichos servicios se niegan a realizar el aborto por razones de conciencia (morales o religiosas), por ignorar la legalidad del aborto terapéutico, o por temor a la persecución penal (inseguridad jurídica), teniendo en cuenta que la inseguridad jurídica en

torno al aborto terapéutico en este país hace que puedan ser condenados hasta 10 años de prisión si son declarados culpables de realizar un aborto ilegal.^{937 938}

En atención a lo anterior, cabe precisar que la objeción de conciencia por razones morales o religiosas en Costa Rica responde a la actitud francamente conservadora de la sociedad costarricense en torno al aborto, donde una amplia mayoría desaprueba la interrupción del embarazo inclusive cuando está en riesgo la salud de la mujer embarazada a pesar de la legalidad del aborto terapéutico en este país. Así lo demuestran estudios sociológicos de 2012 que establecen sólo en torno al 55,8% los ciudadanos costarricenses que justifican el aborto cuando la salud de la madre corre peligro. Dichos estudios también demuestran que la mayoría de los diputados costarricenses se oponen a la despenalización del aborto en cualquier caso (un 2,93 de una escala del 1 al 10, donde 1 significa en contra y 10 a favor).⁹³⁹ Claramente, esta situación evidencia la fuerte influencia de la iglesia católica en este país, donde la inmensa mayoría de costarricenses

937

Existe una clara la similitud entre la situación del aborto de Costa Rica y Perú, como lo evidencia el caso peruano de Karen Llantoy. Karen era una adolescente de 17 años de edad que resultó embarazada de un feto anencefálico, a quien las autoridades de salud peruanas le negaron la interrupción del embarazo en 2001, a pesar del riesgo para su vida, de la legalidad del aborto terapéutico en este país (art. 119 del CP cuando el aborto es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente). En octubre del 2005, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas resolvía una denuncia contra el Estado peruano presentada por Karen Llantoy (a favor de la demandante), al entender que impedir el acceso al aborto puso en riesgo su vida, y la omisión por parte del Estado le ocasionó el sufrimiento moral por el cual tuvo que pasar, lo cual resultó significativo porque se trataba de una menor. El Comité además indicó que la negativa del Estado peruano a la intervención médica para suspender el embarazo, interfirió arbitrariamente en la vida privada de la demandante. La situación de Karen Llantoy se convirtió en un caso emblemático, ya que el dictamen concluyó que el Estado peruano tenía la obligación de proporcionar a la denunciante un recurso efectivo que incluía una indemnización. A la vez, el Comité dictaminó que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro. Las recomendaciones emitidas por el Comité de Derechos Humanos en el caso mencionado, se basaron en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

938

Sobre el uso indiscriminado del derecho a la objeción de conciencia por parte del personal sanitario, como obstáculo práctico al ejercicio de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos de aborto despenalizados en Latinoamérica, véase GARAY ZARRAGA, El derecho al aborto ante la reacción patriarcal. Casos emblemáticos de la violación de los derechos humanos de las mujeres en relación al aborto en América Latina, 2016, 25 y sig.

939

En este sentido ALCÁNTARA SÁEZ y RIVAS PÉREZ, Opinión sobre el aborto desde la perspectiva de los legisladores latinoamericanos, en Élités Parlamentarias Latinoamericanas, núm. 54, 2013, 2 y sig.

desaprueba el aborto bajo cualquier circunstancia por considerar inmoral el aborto en tanto la vida humana debe ser respetada y protegida desde la propia concepción.^{940 941}

El caso de Vanessa Naranjo Rodríguez (A.N.) en 2007, muestra la dura realidad del aborto terapéutico en Costa Rica; esta joven costarricense de tan sólo 27 años de edad sufrió un embarazo encefalocele occipital, una malformación del feto severa incompatible con la vida extrauterina.⁹⁴² Vanessa vivía con su madre y su hermano en un barrio de San José, donde estudiaba y a la vez trabajaba, tenía un novio desde hacía 3 años sin que en sus planes de pareja estuviera ser padres, para lo cual tomaban medidas anticonceptivas, no obstante, la noticia del embarazo fue aceptada con alegría por Vanessa, su novio y sus familias, hasta que más tarde fue diagnosticada la encefalocele occipital. Vanessa acude a la clínica pública de su localidad porque presentaba sangrados vaginales y vómitos, resultando estar embarazada de mes y medio. En un principio sólo le indican que su embarazo es de alto riesgo, programándole la siguiente cita de control en mes y medio, motivo por el cual Vanessa decide hacerse un ultrasonido de cuarta dimensión en una clínica privada, a partir del cual se le diagnosticaba al feto la malformación. En ese mismo momento Vanessa cavila la sinrazón de continuar con un embarazo sabiendo que el bebé va a morir, pero el obstetra le explica que el embarazo deberá ser llevado a término porque lo contrario es ilegal en Costa Rica; una noticia que le produjo gran dolor, preocupación y frustración tanto a Vanessa como a su novio y a sus familias, afectando

940

ALCÁNTARA SÁEZ y RIVAS PÉREZ muestran la estrecha relación de estar a favor o en contra del aborto y la religión, de modo que ser católico y, especialmente, evangélico (frente a otras identidades menos mayoritarias en la región), confiar en la Iglesia Católica o asistir con frecuencia a los oficios religiosos implica un menor apoyo al aborto por parte de los diputados latinoamericanos. Cfr. ALCÁNTARA SÁEZ y RIVAS PÉREZ, Opinión sobre el aborto desde la perspectiva de los legisladores latinoamericanos, en *Élites Parlamentarias Latinoamericanas*, núm. 54, 2013, 4 y sig.

941

Llama la atención lo poco que ha evolucionado en 28 años la opinión de la sociedad costarricense respecto al aborto incluso en casos de riesgo para la vida o la salud de la madre. El estudio de ALCÁNTARA SÁEZ y RIVAS PÉREZ (2012) establece en torno al 55,8% a los ciudadanos costarricenses que justifican el aborto cuando la salud de la madre corre peligro, mientras 28 años antes, el análisis sociológico de ROSERO BIXBY de 1984 revelaba que ni siquiera en casos de peligro para la vida (35,5%) o riesgo para la salud de la mujer embarazada (23,9%) se alcanzaba una mayoría de mujeres que aprobaran el aborto terapéutico en Costa Rica a pesar de su impunidad. Cfr. ROSERO BIXBY, *Notas acerca del aborto en Costa Rica*, en Asociación Demográfica Costarricense, *Mortalidad y Fecundidad en Costa Rica*, 1984, 85 y sigs.

942

La encefalocele occipital es una enfermedad congénita rara, en la cual, un divertículo del tejido cerebral y de las meninges protruyen a través de defectos en la bóveda craneana, es decir, un defecto del cerebro en el cual el revestimiento y el líquido protector quedan fuera, formando una protuberancia tanto en la región occipital como en la región frontal y sincipital.

más tarde gravemente la salud física y emocional de la joven, hasta el punto de comprometer seriamente su vida. Durante todo el embarazo Vanessa sufrió constantes amenazas de aborto espontáneo, sangrados y muchos dolores producto de contracciones, sufriendo además ansiedad emocional y depresión prolongada que la llevaron a presentar una fuerte ideación suicida.

Vanessa acude nuevamente a la clínica pública de su localidad, donde un médico confirma el diagnóstico encefalocele y reconoce que si bien es injusto y peligroso para ella llevar a término el embarazo, teniendo en cuenta la inviabilidad fetal, el peligro de hemorragia e incluso de suicidio que existe, lo único que él puede hacer es remitirla al psiquiatra para que pueda sobrellevar la situación, no pudiendo realizarle el aborto terapéutico porque podría terminar en la cárcel si alguien se llegara a enterar. Posteriormente, Vanessa visita otros hospitales públicos (Clínica Carit y Hospital México) para solicitar el acceso al aborto terapéutico, sin embargo en todos se le niega.

Ante la negativa a practicarle un aborto terapéutico de varios centros médicos del sistema público de salud costarricense, Vanessa y su familia deciden presentar un recurso de amparo ante la Sala Constitucional de Costa Rica, que rechaza de plano su solicitud por Sentencia núm. 7958-07.⁹⁴³

943

La Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 7958-07. resuelve el recurso de amparo presentado en el caso de Vanessa (A.N.). Esta Sentencia confirma que el derecho a la vida se declara a favor de todos, sin excepción, desde el momento de la concepción, derivando de ahí la ilegitimidad del aborto: restringe el concepto de salud, omitiendo su componente de salud mental o psíquica. la Sala considera que, si bien existen criterios médicos encontrados con respecto a que la vida o salud de la amparada corren peligro por el embarazo en cuestión, y aún cuando se indica en el dictamen que el embarazo encefalocele la pone en peligro de muerte por suicidio, recomendándose la interrupción del embarazo, dicho peligro para la vida o la salud de la madre no se deriva directamente del embarazo, sino que se origina en la tendencia suicida desarrollada por la paciente. Añade que los médicos han estimado que este caso no se ajusta a los requisitos del aborto terapéutico, único supuesto impune, de modo que la Sala no puede entrar a dirimir entre criterios médicos encontrados y ordenar el aborto, pues ello está fuera de su competencia. Finalmente entiende que el legislador en el art. 121 del CP dispuso en qué caso una afectación a la vida resulta impune, afectación que según esta Sala resulta razonable cuando colisiona la vida de la madre y el fruto de su concepción, explicando no contar con facultades para suplir la voluntad del legislador e incluir una causa más de impunidad en la materia, pues la Sala no podría, en aras de proteger la integridad mental de la madre, desproteger el derecho a la vida del “menor en gestación”, aún cuando sus posibilidades de vida post parto sean remotas o nulas, pues ello implicaría acceder a lo pretendido en el recurso. Cabe mencionar que las Magistradas CALZADA MIRANDA y ABDELNOUR GRANADOS salvan su voto, argumentando que debía darse curso al amparo, a fin de no lesionar la dignidad de la mujer nacida, entendiendo que eventualmente

A los 7 meses de gestación Vanessa daba a luz un feto muerto; manifiestamente una experiencia traumática e indigna para cualquier persona, que a Vanessa le ha dejado secuelas mentales gravísimas (trastorno del sueño, temores a volver a atravesar por esa experiencia, depresión y sentimientos de indefensión por la respuesta de las diferentes instituciones estatales a su problema).

El Centro de Derechos Reproductivos y la Colectiva del Derecho a Decidir presentaban este caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en 2008, denunciando al Estado costarricense por haber faltado a sus obligaciones internacionales de derechos humanos, como el compromiso adquirido con ocasión de la CEDAW, de promulgar normas administrativas en materia sanitaria para garantizar el acceso efectivo al aborto terapéutico, y difundirlas ampliamente entre los profesionales médicos.⁹⁴⁴

La historia de Vanessa (A.N.) no constituye un caso aislado en Costa Rica, donde se ha seguido negando el acceso al aborto terapéutico en condiciones de legalidad y omitiendo la obligación de emitir regulaciones que garanticen el acceso a servicios de

podría estarse frente a un caso de lo que la doctrina denomina aborto terapéutico, pues según la doctrina y legislación comparada sobre el tema, el peligro para la salud de la madre es una amenaza grave y sería aún cuando no pone directamente en riesgo su vida, que "representa un peligro de lesión a su dignidad no estando el cuerpo social en situación de exigirle que la soporte, bajo la amenaza de una penalización: estiman así necesario contar con los informes respectivos al objeto de establecer si se está o no en presencia del supuesto de hecho contenido en art. 121 del CP.

944

El 30 de marzo de 2016, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas también recomendó a Costa Rica permitir el aborto cuando sea consecuencia de un delito de violación, incesto, o en caso de que el feto sufra una malformación fetal, con ocasión de la revisión del avance de Costa Rica en materia de derechos humanos, como país miembro del PIDCP. Este informe señala que "preocupa" que en Costa Rica la Ley sólo permita el aborto cuando existe un riesgo grave para la vida y la salud de la embarazada, y no permita otras excepciones, criticándose que ni siquiera se practique el "aborto terapéutico", ya que no existen protocolos para interrumpir el embarazo cuando la vida o la salud de la mujer corra riesgo, por lo que las mujeres recurren a procedimientos clandestinos muy peligrosos, instando a Costa Rica a adoptar "rápidamente" un protocolo que garantice el acceso efectivo al aborto cuando exista un riesgo para la vida o la salud de la mujer; además de velar para que los casos de violencia contra mujeres en los servicios de salud sean "debida y rigurosamente investigados, enjuiciados y sancionados". Este informe ha generado gran molestia en el sector de la Asamblea Legislativa, que en su mayoría se opone a legalizar la interrupción del embarazo en este país. Véase Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Costa Rica, Comité de Derechos Humanos, 21 de abril de 2016, disponible en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fCRI%2fCO%2f6&Lang=.

aborto legal, que además respeten los estándares internacionales en la materia. Así lo evidencia otro caso muy sonado en Costa Rica, el de “Aurora”, una mujer de 32 años a quien en 2012 se le denegaba la práctica del aborto terapéutico ante un embarazo de alto riesgo, cuyo feto era inviable por presentar la apertura de la pared abdominal (“síndrome de abdomen pared”), teniendo expuestos el corazón, el hígado y los intestinos, presentando una escoliosis grave, costillas cortas y la ausencia de piernas, dando a luz a un feto muerto, incluso después de obtener la Sentencia de la Sala Constitucional costarricense, que en cualquier caso no le dio la razón. El caso de Aurora también ha sido llevado ante la CIDH (2013), igualmente con el apoyo de la Colectiva por el Derecho a Decidir y del Centro de Derechos Reproductivos, denunciando las graves violaciones a los derechos humanos de las costarricenses, perpetradas por los servicios de salud pública, cuya responsabilidad recae en la Caja Costarricense del Seguro Social, pero también violaciones cometidas por el sistema de justicia.

El pasado 5 de enero de 2015, el Estado costarricense fue notificado de las peticiones A.N. y AURORA contra Costa Rica por parte de la CIDH. El 5 de mayo de 2015, el Estado costarricense respondió a la CIDH manifestando su interés en entrar en un procedimiento de solución amistosa, para lo cual Costa Rica se compromete a generar regulaciones concretas que den contenido a la figura del aborto terapéutico previsto en el art. 121 del CP, y que permita su aplicación efectiva en el sistema de salud costarricense, abarcando instituciones de salud públicas y privadas, incluyendo la elaboración de una norma técnica, coordinada por el Ministerio de Salud, como un primer paso, y la generación posterior de protocolos de atención en el sistema de hospitales y clínicas de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), conforme dicha norma técnica. El proceso a nivel del Ministerio de Salud ya inició, con el nombramiento de una Comisión de expertos (Comisión interinstitucional para elaboración de Norma Técnica Aborto Impune), provenientes de diversas instituciones para la elaboración de dicha norma técnica.

Esta situación ha generado, por primera vez en Costa Rica, un debate público sobre el derecho al aborto, en el cual la mayoría de políticos parlamentarios costarricenses ya han expresado su rechazo a cualquier normativa que venga a permitir el aborto más allá de los supuestos indicados en el art. 121 del CP, o incluso que pretenda la legalidad de la interrupción del embarazo para evitar un peligro para la salud psíquica de la madre. Ahora sólo queda esperar a ver cómo se desarrollan los acontecimientos en Costa Rica.

3.1. Conclusiones sobre la situación del aborto en Costa Rica

Resulta muy grave la situación del aborto terapéutico en Costa Rica, en tanto el Estado costarricense ha venido negando el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, necesaria para evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, a pesar de su legalidad en el art. 121 del CP costarricense, vulnerando autoritariamente los derechos fundamentales a la vida y a la salud de las mujeres de este país.

La falta de regulación del alcance y las condiciones de la aplicación del aborto terapéutico no punible del art. 121 del CP, genera en Costa Rica una grave inseguridad jurídica, máxime teniendo en cuenta que la pena por delito de aborto sin consentimiento podría llegar hasta los 10 años de prisión, lo que ha provocado que la mayoría de médicos y obstetras de los servicios hospitalarios se nieguen a realizar el aborto por razones de conciencia (morales o religiosas), incluso cuando no tengan dichas razones, sólo por el temor a ser condenados; no obstante, es importante destacar que en algunos casos se ha llegado a evidenciar que muchos médicos y obstetras se niegan a practicar el aborto por ignorar la legalidad del aborto terapéutico en el CP costarricense.

El importante número de objetores por razones de conciencia en torno a la práctica del aborto en Costa Rica, por lo general responde a la actitud francamente conservadora de la sociedad costarricense dada la fuerte influencia de la religión católica en este país, de ahí que prácticamente todo el mundo desapruueba la interrupción del embarazo inclusive cuando está en riesgo la salud (sobre todo psíquica) de la mujer embarazada, a pesar de la legalidad del aborto terapéutico en este país.

Los casos de A.N. en 2007 y de Aurora en 2012, a quienes Costa Rica niega el aborto terapéutico a pesar de la inviabilidad fetal y del riesgo que corría su salud e incluso su vida, muestran la peligrosa y dura realidad del aborto terapéutico en Costa Rica, donde el Estado costarricense no sólo incumple su propia legislación sobre aborto impune (art. 121 del CP), sino también sus obligaciones internacionales de derechos humanos, como el compromiso adquirido con ocasión de la CEDAW, de promulgar normas administrativas en materia sanitaria para garantizar el acceso efectivo al aborto terapéutico, y difundirlas ampliamente entre los profesionales médicos. Positivamente, las demandas de A.N. y AURORA contra Costa Rica ante la CIDH, están dando su fruto, pues el pasado 5 de mayo de 2015 el Estado costarricense se comprometía (acuerdo amistoso) a aprobar una norma técnica sobre el alcance y contenido del aborto impune (terapéutico) del art. 121 del CP, que permita el acceso efectivo a la intervención abortiva en el sistema de salud

costarricense, proceso que ya inició y que ha generado por primera vez un debate público sobre el derecho al aborto en Costa Rica.

Ahora mismo, y con carácter urgente, Costa Rica debe cumplir con sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos (CEDAW) y con el acuerdo amistoso adquirido ante la CIDH, dictando las regulaciones administrativas necesarias para precisar la aplicación del aborto terapéutico y garantizar a las mujeres el acceso efectivo al mismo, sin olvidar la necesaria difusión de estas nuevas normas técnicas y protocolos entre los profesionales sanitarios, para evitar su desconocimiento, y con ello avalar el acceso a la prestación abortiva; ahora bien, sería conveniente que Costa Rica incluya aquí una regulación precisa del derecho a la objeción de conciencia que certifique que las mujeres reciban los cuidados de salud que requieran cuando su vida y su salud están amenazadas, incluso en casos en los que la objeción de conciencia de los profesionales de la salud sea un obstáculo al acceso a la prestación abortiva.⁹⁴⁵

Con todo, sería recomendable que Costa Rica aproveche la ocasión para reformar su legislación del aborto, ampliando los supuestos de impunidad hasta incluir al menos el aborto embriopático y ético, como le instó el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU) en marzo de 2016, tras la revisión del avance de los derechos humanos en Costa Rica por formar parte del PIDCP.

4. La regulación del aborto en Colombia

En Colombia el aborto se despenaliza parcialmente mediante un sistema de indicaciones a raíz de la Sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-355, de 10 de mayo de 2006, a partir del caso de Marta Sulay González.⁹⁴⁶ Esta Sentencia declara

⁹⁴⁵

En Costa Rica el art. 75 de la Constitución establece que *“la Religión Católica, Apostólica y Romana, es la del Estado, el cual contribuye a su mantenimiento, sin impedir el libre ejercicio en la República de otros cultos que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres”*; además, se hace referencia al derecho a la objeción de conciencia en el art. 14 del Código de Moral Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos del año 2008, al establecer que: *“el médico puede rehusarse a realizar actos médicos, que aún siendo permitidos por ley, sean contrarios a los dictados de su conciencia siempre y cuando no se ponga en peligro la salud del enfermo”*.

⁹⁴⁶

También conocido como el caso de Marta Solay González (Pereira, 1971-2007). Marta era una mujer colombiana a quien se le denegó la interrupción del embarazo en 2005, en virtud de la ilegalidad del aborto en Colombia, después de que se le detectara cáncer de cuello de útero estando embarazada de 4 semanas, precisando quimioterapia para salvar su vida. Sulay solicitó el aborto en tanto era evidente que la quimioterapia acabaría con su

contraria a la Constitución la punibilidad del aborto en ciertos supuestos: 1) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un profesional de la medicina; 2) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un profesional de la medicina; y, 3) Cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

Hasta entonces, el legislador colombiano se mantuvo ajeno al reciente derecho internacional en materia de derechos humanos, así como a los ya no tan nuevos avances científicos sobre el inicio y desarrollo de la vida humana en formación.

El estudio de esta Sentencia resulta de gran importancia porque la misma constituye un valioso precedente para Latinoamérica en materia de despenalización del aborto. Esta importancia no sólo se halla en la despenalización del aborto en sí misma, después de que durante más de un siglo el legislador colombiano se valiera del sacrificio absoluto de los derechos fundamentales de las mujeres embarazadas (igualdad, dignidad, integridad y libertad) para resolver el conflicto entre bienes jurídicos que surge en torno al aborto, sino también en el quebrantamiento de la línea jurisprudencial que hasta entonces había seguido la Corte Constitucional de este país en la materia, fuertemente influida por la doctrina católica.

Así las cosas, antes de estudiar la Sentencia en cuestión (C-355/06), se hace necesario conocer brevemente la jurisprudencia constitucional colombiana sobre el aborto anterior a la misma.

gestación. Ante su prohibición, solicitó radioterapia para combatir su enfermedad, pero también se le negó dado que este tratamiento igualmente habría terminado con su embarazo. Con todo, continuó el embarazo y dio a luz a su cuarta hija, pero para entonces el cáncer había derivado metástasis en varios órganos y no había tratamiento para salvarle la vida. Por lo que sigue, continuó luchando por el acceso al aborto legal para evitar que su caso se repitiera, y gracias a la difusión pública de su caso y a las demandas interpuestas que reclamaban la declaración de inconstitucionalidad de varios artículos del CP, finalmente se declara contrario a la Constitución el aborto en ciertos casos mediante la Sentencia indicada. Empero, dicha Sentencia no salvó la vida de Sulay, quien finalmente moría el 11 de junio de 2007.

4.1. La jurisprudencia constitucional colombiana en materia de aborto anterior a la Sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006

La jurisprudencia constitucional colombiana en materia de aborto, anterior a la Sentencia de la Corte Constitucional C-355 de 10 de mayo de 2006, se caracterizaba por marcar una línea dominante de uniformidad en la absolutización de la protección a la vida del *nasciturus* a la hora de resolver el conflicto propio de la penalización del aborto (vida humana en formación contra derechos de la mujer embarazada). No obstante, aparecía también una línea opuesta y marginal, conformada por los salvamentos o aclaraciones de votos de los magistrados minoritarios, que denotaba la tirantez que disimulaba el Derecho colombiano en materia de derechos y libertades sexuales y reproductivas de la mujer, teniendo en cuenta que su reconocimiento preponderante durante el conflicto, admitía el abandono de la doctrina católica que tanta influencia había tenido hasta aquel momento en la jurisprudencia constitucional de este país. Así las cosas, la Sentencia C-355/06 supone un triunfo para aquella línea jurisprudencial minoritaria, en la que además encuentra su antecedente.⁹⁴⁷

a) Sentencia de la Corte Constitucional C-133 de 17 de marzo de 1994

La Sentencia C-133/94 fue el primer pronunciamiento sobre el aborto de la Corte Constitucional de Colombia.⁹⁴⁸ Declara la constitucionalidad del art. 343 del CP,⁹⁴⁹ que disponía textualmente: *“La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno a tres años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice el hecho previsto en el inciso anterior”*.⁹⁵⁰

⁹⁴⁷ Esta Sentencia surge gracias al salvamento de tres magistrados que anteriormente apoyaban la línea jurisprudencial mayoritaria. A partir de entonces se da la vuelta al círculo, de modo que la que fue línea dominante antes de la Sentencia pasa a ser la línea marginal.

⁹⁴⁸ Esta Sentencia se encuentra disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-133-94.htm>.

⁹⁴⁹ Decreto 100 de 1980 por el que se aprueba el Código Penal.

⁹⁵⁰ Según el actor, la norma acusada era inconstitucional por varias razones: porque las autoridades de la República solamente están instituidas para proteger a todas las personas en su vida y los no nacidos no son personas; porque las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas en sus creencias y no todas las personas sustentan la misma creencias sobre las cualidades de las no personas, en las diferentes etapas de su gestación; porque el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana y existen grupos nacionales que por su origen y cultura no consideran el aborto como un delito y

Se reconoce que el derecho a la vida es el más valioso de los bienes reconocidos al individuo de la especie humana, y que si bien corresponde a las personas, no quiere decir que la vida humana latente en el *nasciturus* carezca de protección constitucional.⁹⁵¹ Igualmente explica que, “si el valor esencial protegido por el ordenamiento superior es la vida humana, necesariamente debe colegirse que en donde haya vida, debe existir el consecuente amparo estatal”, de modo que el legislador esta autorizado para penalizar los actos destinados a provocar la muerte del *nasciturus*.⁹⁵²

Esta Sentencia crea el Bloque de Constitucionalidad⁹⁵³ del aborto (que se repetirá casi invariable en las siguientes sentencias), conformado por los art. 2, 5, 42, 43 y 44 de la Constitución, el preámbulo de la Convención de Derechos del Niño y el art. 4.1 de la

comúnmente lo practican por motivos eugenésicos, de malformación congénita, terapéuticos, quirúrgicos, sentimentales, sociales, económicos o como recurso destinado a mantener el equilibrio de la población dentro de la familia, en armonía con sus medios de subsistencia: 4) Porque todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad; porque nadie puede ser obligado a actuar contra su conciencia o, cualidad del espíritu humano de reconocerse en sus atributos esenciales, en las modificaciones que en sí mismo experimenta y en los distintos hechos de su vida, en el conocimiento del bien que desea hacer y del mal que desea evitar juzgando espontáneamente e inmediatamente sobre el valor moral (conciencia moral) de sus actos individuales y determinados; porque nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido por obrar bajo los dictámenes de su conciencia, sean éstos de carácter filosófico, político o de simple creencia; y porque si la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos y no todas las concepciones o embarazos son el producto de la voluntad de la pareja, es a la mujer sin compañero o marido o a la pareja a quienes compete decidir y disponer en aras de su responsabilidad para con la sociedad, el que el producto de la concepción que no es persona, concluya o no el proceso de gestación hasta llegar a su término.

951

Una protección que no es concedida constitucionalmente porque el *nasciturus* sea persona, sino porque el feto es la encarnación de la esperanza de vida, porque su vida en sí misma es un valor fundamental y porque el deber general de las autoridades es proteger y asegurar la vida de todas las personas incluyendo la vida durante su etapa de formación por ser indispensable para la viabilidad del nacimiento que origina a la persona. En efecto dice la Sentencia: “En otros términos la Constitución no sólo protege el producto de la concepción que se plasma en el nacimiento, el cual determina la existencia de la persona jurídica natural, en los términos de las regulaciones legales, sino el proceso mismo de la vida humana, que se inicia con la concepción, se desarrolla y perfecciona luego con el feto, y adquiere individualidad con el nacimiento.”

952

A partir de esta Sentencia, la Corte Constitucional presume que la voluntad del constituyente fue excluir la autorización del aborto en este país, en tanto en las Actas de la Asamblea Nacional Constituyente constaba que se dispuso no pronunciarse expresamente sobre el tema del aborto.

953

En Colombia, se denomina Bloque de Constitucionalidad al conjunto formado por los tratados internacionales sobre Derechos Humanos debidamente ratificados, el Derecho internacional humanitario y las normas constitucionales que le son propias.

Convención Americana de Derechos Humanos, excluyendo cualquier norma que reconozca o declare derechos de la mujer.⁹⁵⁴

Declara que la penalización del aborto no vulnera el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos (art. 2 de la Constitución), dado que el feto encarna el valor de la vida, de modo que dicho derecho sólo puede ejercerse antes de la concepción.⁹⁵⁵ Del mismo modo, declara que bajo el amparo de las libertades de conciencia y de culto (artículos 18 y 19 de la Constitución), no es procedente legitimar conductas que conduzcan a la privación de la vida humana durante el proceso de su gestación, en tanto el ejercicio de los derechos dimanantes de estas libertades tienen como límites no sólo la salvaguarda de la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, sino el derecho de los demás a disfrutar de sus libertades públicas y derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la vida del *nasciturus*.

954

Al efecto dice esta Sentencia: “En la Carta Política la protección a la vida del no nacido, encuentra sustento en el Preámbulo, y en los artículos 2º y 5º, pues es deber de las autoridades públicas, asegurar el derecho a la vida de “todas las personas”, y obviamente el amparo comprende la protección de la vida durante su proceso de formación y desarrollo, por ser condición para la viabilidad del nacimiento, que da origen a la existencia legal de las personas. Dicha protección se reitera en los artículos 42, 43 y 44 de la Constitución Política, que reconocen y protegen a la familia como institución básica de la sociedad, disponen que la mujer “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”, y declaran a la vida como uno de los derechos fundamentales de los niños.” Respecto a los instrumentos públicos internacionales ratificados por Colombia, que reconocen el derecho a la vida, y en lo concerniente al preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Sentencia cita la parte que señala: “Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso, la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Por su parte, el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos expone: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la Ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

955

Al respecto, esta Sentencia expone: “No se descarta la posibilidad de eventuales conflictos entre los derechos fundamentales de la embarazada y los derechos del *nasciturus*; pero a juicio de la Corte no es su misión, sino tarea del legislador diseñar la política criminal, a través de la expedición de reglas que contribuyan a la solución de dichos conflictos.” No obstante, como señala VIANA GARCÉS, “no se ofrece un análisis sobre los eventuales conflictos entre los derechos de la embarazada y la vida del no nato. Con la advertencia de que no le compete estudiarles y la renuncia de su tarea como guardián de la Constitución, vuelve a las épocas en que se presumía que el legislador no podía hacer daño y deja en sus manos la solución, sin siquiera sugerir que ella debería ser proporcionada y respetar al máximo el núcleo esencial de los derechos comprometidos.” En este sentido VIANA GARCÉS, Sentencia C-355, resistir y emancipar, Foro Constitucional Iberoamericano, núm. 12, 2005-2006, 173.

b) Sentencia de la Corte Constitucional C-013 de 23 de enero de 1997

La Sentencia C-013/97 viene a resolver varias demandas de inconstitucionalidad presentadas de manera independiente y luego acumulada por decisión de la Sala Plena, mediante las cuales se solicitaba la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 328, por una parte, y 345, 347 y 348, por la otra⁹⁵⁶, todos del CP,⁹⁵⁷ por considerarse que las penas impuestas por los mismos eran demasiado flexibles, de modo que vulneraban el derecho a la vida reconocido en la Constitución.⁹⁵⁸ En un principio la Corte reconoce que las sanciones en cuestión pueden considerarse, en efecto, bastante benignas dada la gravedad de las conductas descritas, que ofenden de manera directa el derecho fundamental a la vida, y la inocencia e indefensión del *nasciturus*, pero finalmente declara que “tal circunstancia no configura por sí misma una razón de inconstitucionalidad de las normas objeto de examen”, teniendo en cuenta la jurisprudencia de esta Corte precisa que la inconstitucionalidad se base en la oposición objetiva a los principios y mandatos de la Constitución.⁹⁵⁹

956

Las disposiciones sobre cuya constitucionalidad debía resolver la Corte contemplaban los delitos de aborto, infanticidio y abandono de un recién nacido cuando en tales conductas incurre la mujer que ha sido embarazada en el curso de un acto de violencia sexual o como efecto de inseminación artificial no querida por ella. Dichos artículos exponían textualmente: “*Artículo 328. Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida. La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal violento o abusivo o de inseminación artificial no consentida, incurrirá en arresto de uno a tres años. (...)*” “*Artículo 345. Circunstancias específicas. La mujer embarazada como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en arresto de cuatro meses a un año. En la misma pena incurrirá el que causare el aborto por estas circunstancias. (...)*” “*Artículo 347. Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida. La madre que dentro de los ocho días siguientes al nacimiento abandone a su hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial no consentida, incurrirá en arresto de seis meses a tres años.*” “*Artículo 348. Abandono seguido de lesión o muerte. Si del hecho descrito en los artículos anteriores se siguiere para el abandonado alguna lesión personal, la pena respectiva se aumentará hasta en una cuarta parte. Si sobreviniere la muerte, el aumento será de una tercera parte a la mitad.*” En cuanto se refiere al art. 328 del CP, el actor estimaba violados los artículos 1, 2, 4.2, 5, 11, 12, 13, 14, 16, 42, 43, 44, 50, 95 y 96 de la Constitución.

957

Del mismo modo que a efectos de la Sentencia anterior, se trata del Decreto 100 de 1980 del Código Penal.

958

Esta Sentencia se encuentra disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/c-013-97.htm>.

959

Señala VIANA GARCÉS, que “la ponencia original de esta sentencia pretendía la despenalización absoluta del aborto, pero en cambio la que triunfó ante la mayoría de la Corporación fue otra que dio como resultado una decisión en que la Corte abandona su imparcialidad y se compromete abiertamente con las posturas católicas.” Véase VIANA GARCÉS, Sentencia C-355, resistir y emancipar, Foro Constitucional Iberoamericano, núm. 12, 2005-2006, 174.

Quizás el punto más significativo de esta Sentencia es el reconocimiento expreso del derecho fundamental a la vida del no nacido, recurriendo a su personificación para argumentar el desprecio absoluto a los derechos de la mujer embarazada, considerando al *nasciturus* persona y por ende titular del derecho fundamental a la vida del art. 11 de la Constitución colombiana.⁹⁶⁰

Continúa diciendo la Sentencia que la mujer no es dueña del fruto vivo de la concepción, que es en sí mismo titular de una vida humana en formación autónoma. A efectos del art. 345 del CP (la mujer embarazada como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause), la Corte justifica que el castigo del aborto con una pena menor, acontece en razón del factor atenuante aceptado por la ley -la fecundación no es buscada ni aceptada por la madre-, mas no porque se entienda que la acción de la mujer contra el fruto de la concepción pueda quedar impune o, como erróneamente se sostiene por algunos, que en los casos expuestos sea un derecho de la madre. Del mismo modo, la Corte desecha el argumento de que la penalización -aun leve- de la IVE en las circunstancias descritas en dicho artículo, afecta o degrada la dignidad de la mujer, exponiendo que se confunde así el acto de la violación o de la inseminación abusiva con el de la maternidad, porque “mientras el primero ocasiona daños muy graves que se proyectan en la vida futura de la víctima, a veces de modo irreparable, y lesiona de veras la dignidad femenina, el segundo, en cuanto representa la transmisión de la vida a un ser humano, dignifica y enaltece a la madre”, de manera que “nadie podrá tildar de indigna a la mujer que, no obstante haber sido violada y hallarse encinta como consecuencia de la violación, decide dar a luz”.⁹⁶¹

960

Se trata de un derecho innominado, en tanto sin estar regulado legalmente es reconocido por la Corte Constitucional. Al efecto dice la Sentencia que, “el aborto, a juicio de la Corte, es un acto en sí mismo repudiable, que, en cuanto cercena de modo irreparable la vida de un ser humano en formación, lesiona gravemente el derecho constitucional fundamental del que se trata y exige del Estado la consagración de normas que lo repriman y castiguen, si bien la ley tiene autonomía para prever causales de justificación o exculpación, como ocurre con todos los delitos, o. en consideración a circunstancias como las contempladas en el artículo 345 del Código Penal, atenuar, por razones de justicia, la pena que haya de imponerse”.

961

Este razonamiento claramente demuestra la influencia de la doctrina católica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre el aborto, anterior a la Sentencia C-355/06. En este sentido VIANA GARCÉS, Sentencia C-355, resistir y emancipar, Foro Constitucional Iberoamericano, núm. 12, 2005-2006, 175.

c) Sentencia de la Corte Constitucional C-647 de 20 de junio de 2001

La Sentencia C-647/01, resuelve la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el parágrafo (PAR) del art. 124 del Nuevo CP colombiano,⁹⁶² que establece las condiciones para la inaplicación de la pena en el delito de aborto. El principal fundamento de esta solicitud de inconstitucionalidad apuntaba que, fijar condiciones tan amplias y dejar un margen indeterminado de discrecionalidad al juez para poder prescindir de la pena, suponía la desprotección del derecho a la vida del no nacido.

La Corte solventa este asunto declarando la constitucionalidad de dicha norma. En primer lugar, alegando que en la exclusión de la pena, propia de la norma en cuestión, el Estado no pierde la potestad punitiva, sino que en virtud de una facultad reglada (pues es la propia ley la que señala de manera estricta los presupuestos que han de aparecer probados para motivar la exclusión de la pena), el juez puede optar por aplicar o no la pena. De manera que no se trata de una potestad discrecional y absoluta para el juzgador, ante la posibilidad o no de prescindir de la pena.⁹⁶³ En segundo lugar, la Corte

962

Ley 599 de 2000 por la cual se expide el Código Penal. El siguiente es el texto de la norma demandada. Se subraya la parte acusada. *“Artículo 124.-Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. PAR.- En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto”.*

963

A esta conclusión llega la Corte después de explicar la diferencia entre exclusión y extinción de la pena. Al respecto dice la Sentencia: “En las excusas absolutorias, el Estado, dadas las circunstancias personales del agente de la conducta delictual, se abstiene de la imposición de la pena, asume una posición de indulgencia penal, que explica la denominación de “perdón judicial” que a ella se daba en el Código Penal de 1936. Las causales personales de exclusión de la pena, fueron autorizadas por el legislador en el Código Penal de 1980 para algunos delitos, lo que significa que esa institución ni es ni ha sido extraña al Derecho Colombiano. Distinto es el fenómeno de la extinción de la pena, pues en este caso al Estado, en virtud de la ley, carece de un momento dado en delante de facultad para ejercer su potestad punitiva, de tal manera que, producidos ciertos fenómenos no puede el juez imponer la pena porque la ley se lo prohíbe. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de muerte del procesado o condenado, o cuando se concede el indulto.” “(...) Obsérvese como el legislador en el parágrafo acusado instituye lo que en la doctrina se ha denominado como una excusa absoluta, una verdadera causal de impunidad legal, abandona el rigor ciego que a la comisión del delito y la declaración de responsabilidad impone como consecuencia necesaria la pena a su autor, para que el juez, analizadas las circunstancias del caso concreto, pueda concluir en la prescindencia de la imposición de la pena, si se reúnen unos requisitos determinados. No se trata de una potestad discrecional y absoluta para el juzgador, lo que dejaría la posibilidad o no de prescindir de la pena al arbitrio *judicis*, sino de una facultad reglada, pues es la propia ley la que señala de manera estricta los presupuestos que han de aparecer probados para motivar la decisión que en la sentencia se adopte.

considera que tampoco resulta inconstitucional el párrafo acusado, por la supuesta violación del derecho a la vida, como alega el demandante, porque los artículos 122 y 123 del Nuevo CP definen el delito de aborto como lo consideró conveniente el legislador en el marco de un Estado Social, pluralista y democrático de Derecho, y, porque conforme a la potestad de configuración de la ley, el Congreso de la República juzgó necesario y conveniente, de acuerdo con las circunstancias sociales, políticas y culturales de Colombia, establecer esta causal personal de exclusión de la pena.

La importancia de esta Sentencia aparece en la aclaración de voto a la misma de los magistrados Escobar Gil y Monroy Cabra, quienes consideraban que debió declararse la inconstitucionalidad de esta norma, en tanto la misma persigue la despenalización del aborto en los casos indicados en la misma, simplemente “para asegurar la tranquilidad de la madre”. En palabras de los magistrados, el poder público, en ejercicio de su potestad legislativa, puede castigar el aborto así como prescindir de la imposición de la pena en algunos casos, sin embargo, la política criminal respecto de esta materia toca de manera directa varios derechos constitucionales fundamentales y, por lo tanto, el legislador debe respetarlos a todos, no sólo a uno de ellos, lo que supone a su juicio, el incumplimiento de la obligación que manda la Constitución de proteger prevalentemente la vida del no nacido.⁹⁶⁴

4.2. Sentencia de la Corte Constitucional C-355 de 10 de mayo de 2006

Mediante la Sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006, la Corte Constitucional colombiana resuelve varias demandas⁹⁶⁵ que reclamaban la inconstitucionalidad de

⁹⁶⁴

El enfoque de esta aclaración de voto no era valorar ni mucho menos resolver el conflicto entre la vida del no nacido y los derechos fundamentales de la mujer, sino más bien mostrar el desprecio por los derechos de la madre, la eliminación o disminución de su categoría de derechos fundamentales dada su inclusión en la idea de “tranquilidad de la madre”, e incluso, analizar el problema constitucional de la ausencia de un límite temporal para la práctica del aborto, durante el cual pueda operar la exención de la pena (lo que desprotege el derecho a la vida). Al respecto decía la Sentencia: “Sin embargo, no le corresponde a la Corte – como no lo hizo en la sentencia – ahondar y analizar el conflicto de derechos constitucionales en cada etapa del embarazo entre el momento de la concepción y el momento de la viabilidad. Los jueces penales, como integrantes de la jurisdicción constitucional y delegados expresos del legislador para estos efectos, deben realizar la ponderación de derechos caso por caso atendiendo a las características que revistan las extraordinarias condiciones anormales de motivación.”

⁹⁶⁵

Acción de inconstitucionalidad D-6122 de la Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal.

ciertos artículos del CP⁹⁶⁶, que en su mayoría declaraban la prohibición absoluta del aborto.⁹⁶⁷ Se declara así que la prohibición total del aborto resulta inconstitucional,

966

Las normas demandadas eran los artículos 32, 122, 123, 124 y PAR del Nuevo CP (Ley 599 de 2000 por la que se expide el Código Penal). Estos artículos disponían textualmente: “ARTÍCULO 32. *Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuándo: 7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar*”. ARTÍCULO 122. *Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno a tres años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.*” “ARTÍCULO 123. *Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro a diez años.*” “ARTÍCULO 124. *Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia del óvulo fecundado no consentido. PAR. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria para el caso concreto*”.

967

Los principales argumentos de las demandas de inconstitucionalidad concernían a las libertades, autonomía y libre desarrollo de la personalidad de la mujer, a motivos de proporcionalidad, igualdad, a razones de dignidad, y a la defensa de los derechos a la vida, a la salud y a la integridad personal de la embarazada. Se fundamenta que la decisión de una mujer de interrumpir un embarazo no deseado, tiene que ver con su integridad, siendo un asunto que sólo le pertenece a ella, quien decide sobre su propio cuerpo, de modo que penalizar esta conducta no es coherente con la doctrina del núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad y autonomía como máxima expresión de la dignidad humana. Se alega que la obligación de tener un hijo no sólo implica engendrarlo 9 meses en el vientre de la madre, sino también una serie de responsabilidades económicas, sociales y psicológicas, que afectan la integridad y la vida de la mujer, de modo que en ciertas circunstancias excepcionales, no es constitucionalmente exigible el deber de protección del feto por parte del Estado. Se considera que la penalización de una práctica médica que sólo requieren las mujeres viola el derecho a la igualdad e ignora los efectos diferenciales que un embarazo no deseado tiene en la vida de mujeres jóvenes, de bajos recursos, y/o de distinto origen étnico. Se cita “la más reciente decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas”, según la cual no garantizar la posibilidad de un aborto legal y seguro cuando existen graves malformaciones fetales, es una violación al derecho a estar libre de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, teniendo en cuenta que en estos casos, las mujeres usualmente tienen embarazos deseados y su inviabilidad las afecta extremadamente. Se invoca la necesidad de prescindir de la pena en ciertos casos, por ejemplo cuando una mujer es abusada sexualmente, donde al estigma de haber sido violada se suma el descubrir que está embarazada producto de dicho abuso, de modo que si la mujer decide interrumpir el embarazo no sólo tiene que someterse a un aborto clandestino peligroso para su integridad, sino que si es denunciada y condenada, tiene entonces que pasar por un proceso penal en el que será acusada, culpada y sindicada de haber cometido un delito. Se fundamenta también la vulneración del principio de la dignidad humana del art. 1 de la Constitución colombiana, cuando una mujer es violada, artificialmente inseminada o es víctima de transferencia de óvulo fecundado no consentida, pero también cuando el legislador le impone a la mujer, igualmente contra su voluntad, servir de instrumento efectivamente útil para procrear al penalizar el aborto sin ninguna excepción. Y finalmente, se alegaba que la vida, salud e integridad pueden verse seriamente amenazadas por problemas en el embarazo.

despenalizando el aborto en tres situaciones específicas: peligro para la vida o salud de la mujer; grave malformación del feto que haga inviable su vida; y acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.⁹⁶⁸

La extensión y calidad de esta Sentencia hacen necesario un análisis profundo y ordenado de la misma.

a) La vida como bien constitucionalmente relevante que debe ser protegido por el Estado y su diferencia con el derecho a la vida

La Sentencia inicia haciendo hincapié en la diferencia entre la vida como un derecho subjetivo de carácter fundamental (consagrado en el art. 11 de la Constitución) y la vida como un bien o valor constitucionalmente protegido, aclarando que la titularidad del derecho a la vida se limita a la persona humana, a diferencia de la protección de la vida que se garantiza incluso para quienes no han nacido aún.⁹⁶⁹ La Corte se muestra a favor de una protección general de la vida, alegando el deber del legislador de adoptar las medidas idóneas para dicha protección,⁹⁷⁰ no obstante, aclara que la vida (derecho o bien

⁹⁶⁸

Resulta recomendable la lectura del Convenio interadministrativo núm. 405 de 2006, suscrito entre el Ministerio de la Protección Social y la Universidad Nacional de Colombia, titulado Implicaciones éticas, jurídicas y médicas de la Sentencia C-355 de la Corte Constitucional: un avance para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de las colombianas, 2007, 49 y sigs., disponible en <http://www.unal.edu.co/bioetica/documentos/conveniodoc/parte%20interna%20cartilla.pdf>.

⁹⁶⁹

Al respecto dice la Sentencia que “el derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición.” Asimismo, señala que esta distinción ya había sido reconocida por la jurisprudencia constitucional colombiana en los siguientes términos: “La Constitución no sólo protege la vida como un derecho (CP art. 11) sino que además la incorpora como un valor del ordenamiento, que implica competencias de intervención, e incluso deberes, para el Estado y para los particulares.” Más adelante, la Sentencia cita, en relación con esta distinción, la Sentencia C-133 de 1994 de esta misma Corte Constitucional, que no reconoció expresamente al *nasciturus* el carácter de persona humana y titular del derecho a la vida.

⁹⁷⁰

En este sentido la Sentencia dispone: “Puede afirmarse entonces, que en virtud de lo dispuesto en distintos preceptos constitucionales, la Carta de 1991 se pronuncia a favor de una protección general de la vida.” Asimismo señala como fundamento de la prohibición del aborto al deber de protección del Estado sobre la vida en gestación y no así al carácter de persona humana del *nasciturus*, y en tal calidad, titular del derecho a la vida.

jurídico) no tiene un carácter absoluto y “debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales”.⁹⁷¹

b) La vida y los tratados internacionales de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad

Continúa la Sentencia analizando el reconocimiento que sobre la vida establecen algunos tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad.⁹⁷²

Refiere al art. 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el marco normativo básico sobre el derecho a la vida, el cual declara que este derecho es inherente a la persona humana.⁹⁷³

Declara que la Convención sobre los derechos del niño no considera expresamente al *nasciturus* como persona humana, puesto que si bien su preámbulo menciona la necesidad de protección del niño “tanto antes como después del nacimiento”, a la hora de definir lo que se debe entender por niño (art. 1), no establece claramente que el *nasciturus* lo sea (no consigna expresamente que el *nasciturus* es una persona humana), y como tal, que sea titular del derecho a la vida.⁹⁷⁴

971

En ningún momento la Corte entra a valorar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida, reconociendo que, si bien es un problema al que se le han dado diferentes respuestas desde diversas perspectivas (genética, médica, religiosa, moral, etc.), su evaluación no le corresponde en esta decisión. Dicho esto, expone que la vida humana transcurre en distintas etapas que a su vez tienen una protección jurídica distinta, de modo que el ordenamiento jurídico no otorga al *nasciturus* el mismo grado e intensidad de protección que otorga a la persona humana, como se observa en la mayoría de ordenamientos jurídicos que fijan para los delitos de infanticidio u homicidio mayor pena que la establecida para el delito de aborto, una situación que según la Corte debe tener en cuenta el legislador en materia de aborto (despenalización del aborto y derechos de la mujer embarazada).

972

Conformación bien en sentido amplio o en sentido restringido (por ser parte del sistema universal de derechos humanos).

973

El primer numeral del art. 6º de este Pacto Internacional estipula: “1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.”

974

Este artículo establece textualmente: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

Examina el derecho a la vida consagrado en el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos,⁹⁷⁵ que claramente es conferido a toda persona, declarándose “protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”. Considera que este artículo nuevamente hace alusión al concepto de persona para referirse a la titularidad del derecho a la vida. Asimismo, reflexiona que con la protección de este derecho a partir del momento de la concepción se admiten distintas interpretaciones: una, la que hacen algunos de los intervinientes en el sentido que el *nasciturus* a partir de la concepción es una persona titular del derecho a la vida, en cuyo favor han de adoptarse “en general” medidas de carácter legislativo; otra, en el sentido que a partir de la concepción deben adoptarse medidas legislativas que protejan “en general” la vida en gestación, haciendo énfasis desde este punto de vista en el deber de protección de los Estados Partes. No obstante, concreta que bajo ninguna de las posibilidades interpretativas reseñadas puede afirmarse que el derecho a la vida del *nasciturus* o el deber de adoptar medidas legislativas por parte del Estado, sea de naturaleza absoluta, incluso desde la perspectiva literal, teniendo en cuenta la expresión “en general” utilizada por el art. 4.1 de esta Convención, con la cual se introduce una importante cualificación en el sentido que la disposición no protege la vida desde el momento de la concepción en un sentido absoluto, sino que contempla la posibilidad de que en ciertos casos excepcionales la ley no proteja la vida desde el momento de la concepción. La Corte reitera la necesidad de interpretar armónica y sistemáticamente los tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad (sin otorgar prevalencia absoluta al deber de protección de la vida del *nasciturus* sobre los restantes derechos, valores y principios consagrados en la Constitución).⁹⁷⁶ Y concluye que de las distintas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, parte del bloque de constitucionalidad, no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida previa al nacimiento, sino la necesidad de ponderar la vida en formación con los otros derechos, principios y valores reconocidos en la Constitución y en otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos (interpretación literal y/o sistemática), una ponderación que exige identificar y sopesar los derechos en conflicto con el deber de protección de la vida, apreciándose la importancia constitucional de la mujer embarazada como titular de esos derechos.

975

Adviértase que -según señala la Sentencia- el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos carece de un instrumento específico de protección a la niñez, consagrando el derecho a la vida en el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

976

Como ya sostuvo esta misma Corte Constitucional en la Sentencia C-028 de 26 de enero de 2006.

c) Los derechos fundamentales de las mujeres en la Constitución Política colombiana y en el Derecho internacional

La Sentencia considera la importancia de los derechos fundamentales de la mujer en la Constitución colombiana de 1991. Reconoce un cambio trascendental a partir de esta Constitución, en relación con la posición y los derechos de las mujeres en la sociedad colombiana y en sus relaciones con el Estado,⁹⁷⁷ al consagrarse la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres, la no discriminación, la especial asistencia del Estado durante el embarazo y después del parto (con la opción de recibir un subsidio alimentario si para entonces estuviere la mujer desempleada o desamparada), el apoyo especial del Estado a la mujer cabeza de familia, entre otros.

Del mismo modo, señala que a partir de la voluntad expresa de esta Constitución por reconocer y enaltecer los derechos de las mujeres y vigorizar su salvaguarda protegiéndolos de manera efectiva y reforzada, la mujer es considerada un sujeto constitucional de especial protección, cuyos derechos deben ser atendidos por el poder público, incluyendo a los operadores jurídicos y sin excepción alguna.

Igualmente, examina el reconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres colombianas en el derecho internacional.⁹⁷⁸ Señala la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Teherán 1968) que reconoció la importancia de los derechos de las mujeres y el derecho humano fundamental de los padres “a determinar libremente el número de hijos y los intervalos entre los nacimientos”; la Asamblea General de las Naciones Unidas que declaró el Año Internacional de la Mujer (1975), convocó la Conferencia Mundial para mejorar la condición de la mujer (México) y decretó el Decenio de la Mujer de las Naciones Unidas (1975-1985); la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena (1993) que declaró que “los derechos humanos de la mujer y la niña son parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales”, promoviendo la igualdad de la mujer; la conferencia Mundial sobre población y desarrollo de El Cairo

⁹⁷⁷

A efectos de ilustrar la situación histórica de la mujer en Colombia y los cambios normativos relativos al reconocimiento de sus derechos, esta Sentencia cita lo expresado por la misma Corte Constitucional en la Sentencia C- 371 de 29 de marzo de 2000, donde se dispuso una breve reseña histórica.

⁹⁷⁸

Antes, reconoce que respecto de las mujeres es evidente que hay situaciones que la afectan sobre todo y de manera diferente, en relación a su vida, y particularmente a los derechos sobre su cuerpo, sexualidad y reproducción. En efecto, estima que a ello se debe que sus derechos hayan venido ocupando un lugar importante en los instrumentos del derecho internacional.

(1994) donde se reconoce que a los derechos reproductivos como derechos humanos⁹⁷⁹; y la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Plataforma de Beijing) donde se confirman los derechos reproductivos establecidos en el Programa de Acción de El Cairo.

Advierte la relación entre los derechos sexuales y reproductivos de la mujer y sus propios derechos fundamentales, considerando que diferentes tratados internacionales son la base del reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las mujeres, partiendo de la protección de otros derechos fundamentales (vida, salud, igualdad, no discriminación, libertad, integridad personal, estar libre de violencia) que constituyen a su vez el núcleo esencial de los derechos reproductivos.⁹⁸⁰ Dicho esto, muestra las principales aportaciones de los tratados internacionales en la materia, así como ciertas interpretaciones de organismos internacionales con fundamento en tratados internacionales, pudiendo señalarse las siguientes:

Sobre el derecho a la salud de las mujeres, que incluye el derecho a la salud reproductiva y a la planificación familiar, y con fundamento en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), se muestran varias interpretaciones de los organismos internacionales: primero, que es deber de todos los Estados ofrecer una amplia gama de servicios de salud (sexual y reproductiva) de calidad y económicos; segundo, que este tratado recomienda introducir la perspectiva de género en el diseño de políticas y programas de salud; y tercero, que existe un deber de eliminar todas las barreras que impidan a las mujeres acceder a servicios, educación e información en salud sexual y reproductiva.⁹⁸¹ Por otra parte, se

979

Ya que han sido reconocidos en tratados internacionales e incluyen el derecho fundamental de todas las personas a “decidir libremente el número y el espaciamiento de hijos y a disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo”, en cuyo programa se establecía que “la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgo y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia”, que hombres, mujeres y adolescentes tienen el derecho de “obtener información y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables” de su elección para la regulación de la fecundidad, así como el “derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgo”.

980

Además, considera que otros derechos fundamentales resultan también directamente afectados cuando se violan los derechos reproductivos de las mujeres (derecho al trabajo y a la educación), los que a su vez pueden servir como parámetro para proteger y garantizar sus derechos sexuales y reproductivos.

981

Interpretación que se basa en la insistencia de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en que las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan

alude a la preocupación de los organismos internacionales por la situación de la salud de las mujeres pobres, rurales, indígenas y adolescentes, y sobre los obstáculos en el acceso a métodos anticonceptivos.

Respecto a la violencia contra la mujer, se aluden varias aportaciones: por parte de la comunidad internacional, la consideración de que dicha violencia es una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de la mujer, así como la instauración del derecho de las mujeres a vivir libres de violencia basada en el sexo y el género;⁹⁸² por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la consideración de que “la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”; por la Convención de Belém do Pará, su importancia para la protección de los derechos de las mujeres ante las diversas formas de violencia a que están sometidas en los diversos espacios de su vida, y su especial efectividad como tratado, al incluir una definición de violencia contra la mujer que considera estos actos como violatorios de derechos humanos y libertades fundamentales, tomando en cuenta los abusos que ocurren tanto en el ámbito público como en el privado, establecimiento la responsabilidad del Estado por la violencia perpetrada o tolerada por este dondequiera que ocurra; y por el Estatuto de Roma, la determinación de que la violencia y otros delitos reproductivos y sexuales están a la par de los crímenes internacionales más atroces (tortura y genocidio), además de reconocer por primera vez que las violaciones a la autodeterminación reproductiva de las mujeres (embarazo forzado y esterilización forzada) se cuentan entre los crímenes más graves de acuerdo con el derecho internacional humanitario.

Respecto a los derechos sexuales y reproductivos, con fundamento en el principio de dignidad de las personas y los derechos a la autonomía e intimidad, se apunta a diferentes convenciones internacionales por considerar que uno de los componentes

especialmente a la mujer, constituyen una barrera para acceder al cuidado médico que las mujeres necesitan, comprometiendo sus derechos a la igualdad de género en el área de la salud y violando con ello la obligación internacional de los Estados de respetar los derechos reconocidos internacionalmente.

⁹⁸²

En efecto, la Sentencia considera que la violencia de género constituye una violación de los derechos reproductivos de las mujeres al repercutir en su salud y autonomía sexual y reproductiva. Igualmente, considera que la violencia sexual viola los derechos reproductivos de las mujeres (integridad corporal y control de la sexualidad y capacidad reproductiva), y pone en riesgo su derecho a la salud (psicológica, reproductiva y sexual).

esenciales de los derechos sexuales y reproductivos es el derecho de la mujer a la autodeterminación reproductiva y a elegir libremente el número de hijos que quiere tener y el intervalo entre ellos. Asimismo, se destaca: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), por considerar que se vulnera el derecho a la autodeterminación reproductiva de las mujeres cuando se obstaculizan los medios para ejercer su derecho a controlar la fecundidad; y la afirmación de los diferentes Comités, que establecen una relación directa entre el derecho a decidir el número de hijos y el derecho a la vida de la mujer, cuando existen legislaciones prohibitivas o altamente restrictivas en materia de aborto, que generan altas tasas de mortalidad materna.

Se refiere la relación del derecho a la intimidad con los derechos reproductivos, afirmándose que se viola el primero cuando el Estado o los particulares interfieren en el derecho de la mujer a tomar decisiones sobre su cuerpo y su capacidad reproductiva, entendiéndose que el derecho a la intimidad cobija el derecho a que el médico respete la confidencialidad de su paciente, y por lo tanto, no se respetaría tal derecho, cuando se le obliga legalmente a denunciar a la mujer que se ha abortado.⁹⁸³

Se reconoce la aportación de la Convención de la Mujer respecto al derecho a la igualdad y no discriminación, al consagrar el derecho de las mujeres a disfrutar de los derechos humanos en condiciones de igualdad con los hombres, y la eliminación de las barreras que impiden el disfrute efectivo por parte de las mujeres de los derechos reconocidos internacionalmente y en las leyes nacionales, así como la toma de medidas para prevenir y sancionar los actos de discriminación.

Finalmente, se reseña la relación entre el derecho a la educación y los derechos reproductivos, valorando el acceso de las mujeres a la educación básica, a fin de lograr el empoderamiento de la mujer en su familia y en su comunidad⁹⁸⁴, y su toma de conciencia sobre sus derechos. Además, se añade que el derecho a la educación incorpora el derecho de las mujeres a recibir educación sobre salud reproductiva, así como a que se

983

Al mismo tiempo se instauro el origen de algunos derechos sexuales y reproductivos en el derecho a la libertad de matrimonio y a fundar una familia.

984

Esto es, la adquisición de poder e independencia por parte de las mujeres (como grupo social desfavorecido) para mejorar su situación.

les permita ejercer el derecho a decidir el número de hijos y espaciamiento de ellos de manera libre y responsable.⁹⁸⁵

En último lugar, la Corte afina que de las normas constitucionales e internacionales no se deduce un mandato de despenalización del aborto ni una prohibición al respecto, diciendo textualmente que “el Congreso dispone de un amplio margen de configuración de la política pública en relación con el aborto”. Sin embargo, también señala que dicho margen no es ilimitado, aún en el ámbito penal, en tanto al legislador penal le está prohibido invadir de manera desproporcionada derechos constitucionales, y a la vez le está ordenado no desproteger bienes constitucionales.

d) Los límites a la potestad de configuración del legislador en materia penal

La Corte reitera lo dicho en Sentencias anteriores⁹⁸⁶ sobre el poder punitivo ordinario del Estado o potestad de configuración, esto es, que si bien supone una amplia libertad para que el legislador determine las conductas punibles y sus penas, existen restricciones propias de los principios y valores constitucionales y de los derechos constitucionales de las personas.⁹⁸⁷ Concretamente, para la protección de bienes de rango constitucional, como la vida, la Sentencia establece como límites de la potestad de configuración, a los derechos fundamentales y los principios constitucionales, otorgándole

985

Llegados a este punto, es posible afirmar que esta Sentencia ratifica el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres colombianas (derecho a la autodeterminación reproductiva). Concluye así, que los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos; además, que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad, formando estrategias para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social.

986

Sentencias C-420, de 28 de mayo de 2002, y C-939, de 21 de octubre de 2002.

987

Entre otras cuestiones, estas Sentencias aclararon que “no se trata de una potestad ilimitada, pues, como se sabe, en el constitucionalismo no existen poderes absolutos”. Lo que significa “que el legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius punendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas”. Así, la Corte ha entendido que los derechos constitucionales de los asociados se erigen en límite de la potestad punitiva del Estado, de manera que su núcleo esencial y criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de esta competencia estatal.”

a la Corte Constitucional el control sobre los mismos y la comprobación de que el legislador haya optado por restricciones constitucionalmente válidas.

En virtud de la libertad de configuración, se dispone que el legislador pueda introducir diferentes tipos penales sobre las conductas que atenten contra la vida como bien constitucionalmente protegido, pudiendo otorgarles distintas penas, suponiendo el nacimiento un hecho relevante a dichos efectos.

➤ **El principio y el derecho fundamental a la dignidad humana como límites a la libertad de configuración del legislador en materia penal**

Se alude a la dignidad humana como concepto jurídico que cumple diversas funciones en el ordenamiento constitucional colombiano, como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, concretamente en tres sentidos: “(i) es un principio fundante del ordenamiento jurídico y en este sentido tiene una dimensión axiológica como valor constitucional, (ii) es un principio constitucional y (iii) tiene el carácter derecho fundamental autónomo.”

A pesar de su distinta naturaleza funcional, se considera que la dignidad humana como principio constitucional y derecho fundamental, coinciden en cuanto al ámbito de conductas protegidas, de modo que en aquellos casos en los cuales se emplea argumentativamente la dignidad humana como un criterio relevante para decidir, se entiende que ésta protege “(i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), y (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).” Especialmente, respecto de la mujer, se decreta que el ámbito de protección de su dignidad humana incluye las decisiones relacionadas con su plan de vida (autonomía reproductiva) y su intangibilidad moral (prohibición de asignarle roles de género estigmatizantes, o infringirle sufrimientos morales deliberados).

Por consiguiente, la Sentencia constituye a la dignidad humana como un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aun cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida. En tal medida, el legislador no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y no un simple instrumento de reproducción de la especie humana.

➤ **El derecho al libre desarrollo de la personalidad como límite a la libertad de configuración del Legislador en materia penal**

La Sentencia asienta el derecho al libre desarrollo de la personalidad en la dignidad humana, la autonomía individual y la libertad. Cita conductas que dice han sido identificadas por la jurisprudencia constitucional como protegidas por este derecho a lo largo del tiempo: la libertad de escoger el estado civil (de decidir entre contraer matrimonio, vivir en unión libre o permanecer en soltería); el derecho a ser madre (la maternidad como una “opción de vida” que corresponde al fuero interno de cada mujer);⁹⁸⁸ el derecho a la identidad personal (derecho a un nombre como expresión de la individualidad, a la libre opción sexual, a decidir sobre la apariencia personal); y la autonomía de toda persona para tomar decisiones relativas a su salud (seguir un tratamiento médico o rehusarlo).

Finalmente, reafirma la jurisprudencia constitucional que de manera reiterada ha dispuesto que el derecho al libre desarrollo de la personalidad sea un claro límite a la potestad de configuración del legislador, no solamente en materia penal, sino en general en el ejercicio de su potestad sancionatoria.⁹⁸⁹

➤ **La salud, así como la vida y la integridad de las personas, como límite a la libertad de configuración del Legislador en materia penal**

La Corte destaca que si bien el derecho a la salud no se cataloga formalmente entre los derechos fundamentales de la Constitución, adquiere tal carácter cuando su protección sea necesaria para garantizar la continuidad de la existencia de la persona en condiciones

⁹⁸⁸

En este sentido dice la Sentencia: “En consecuencia, no es constitucionalmente permitido que el Estado, la familia, el patrono o instituciones de educación, establezcan normas que desestimulen o coarten la libre decisión de una mujer de ser madre, así como tampoco lo es cualquier norma, general o particular, que impida el cabal ejercicio de la maternidad. En ese orden de ideas, el trato discriminatorio o desfavorable a la mujer, por encontrarse en alguna especial circunstancia al momento de tomar la decisión de ser madre (ya sea a temprana edad, dentro del matrimonio o fuera del mismo, en una relación de pareja o sin ella, o mientras se desarrolla un contrato de trabajo etc.) resulta, a la luz del derecho al libre desarrollo de la personalidad, abiertamente inconstitucional.”

⁹⁸⁹

Dicho esto, cita la Sentencia C-309, de 25 de junio de 1997, que diferenció las medidas perfeccionistas de las medidas de protección, declarando a éstas últimas constitucionalmente legítimas por su finalidad de preservar bienes constitucionalmente relevantes como el derecho a la vida y a la salud.

de dignidad.⁹⁹⁰ Dispone que el derecho a la salud comprende no solo la salud física sino también la mental, que además, en el caso de las mujeres, se extiende a su salud reproductiva, íntimamente ligada a la ocurrencia del aborto espontáneo o provocado, casos en los cuales, por múltiples circunstancias, puede estar en peligro la vida de la madre o ser necesario un tratamiento para recuperar su función reproductiva.⁹⁹¹

Además de su contenido prestacional, al derecho constitucional a la salud se le otorga un contenido de defensa frente a injerencias estatales o de terceros, pudiendo resultar inconstitucionales las medidas legislativas que restrinjan desproporcionadamente el derecho a la salud de una persona, aun cuando sean adoptadas para proteger bienes constitucionalmente relevantes en cabeza de terceros.

La Corte conecta estrechamente el derecho a la salud con la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad. Admite que toda persona tiene autonomía para tomar decisiones relativas a su salud,⁹⁹² incluyendo dentro del ámbito de protección de la autonomía en materia de salud, el derecho a planear la propia familia, a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas y a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afecten la salud sexual y reproductiva.

Concluye la Sentencia que la salud (bien constitucionalmente protegido y derecho fundamental) implica distintos deberes estatales para su protección (a adoptar las medidas de protección necesarias inclusive de carácter penal), y constituye un límite a la libertad de configuración del legislador al excluir la adopción de medidas que menoscaben la salud de las personas aún cuando procure preservar el interés general, los intereses de terceros u otros bienes de relevancia constitucional.

⁹⁹⁰

Según la Sentencia, la salud es “un bien constitucionalmente protegido que justifica la adopción estatal de medidas para su defensa y deberes en cabeza de los particulares, pero simultáneamente es un derecho constitucional con múltiples contenidos y un servicio público a cargo del Estado.”

⁹⁹¹

Esta Sentencia hace referencia a la jurisprudencia reiterativa de esta Corte, que afirma la necesidad del ser humano por mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que ciertas anomalías en la salud que no llegan a ser enfermedad igualmente afectan esos niveles y pueden poner en peligro la dignidad personal.

⁹⁹²

Reserva al individuo una serie de decisiones relacionadas con su salud libre de interferencias estatales y de terceros. De ahí el consentimiento informado del paciente para todo tratamiento o intervención médica.

➤El bloque de constitucionalidad como límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal

La Sentencia declara que el bloque de constitucionalidad también constituye un límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal, como lo reconoció en su Sentencia C-205, de 11 de marzo de 2003, al discurrir que en la definición de tipos penales y procedimientos penales el legislador debe respetar en un todo el ordenamiento superior en cuanto a los derechos y la dignidad de las personas.^{993 994} En esa medida distintas disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que sin ser determinantes y dejar un margen de configuración al legislador, cobran relevancia para examinar la constitucionalidad de la prohibición total del aborto.

➤La proporcionalidad y la razonabilidad como límites a la libertad de configuración del legislador en materia penal

La Sentencia declara que si bien numerosas decisiones de esta misma Corte Constitucional han afirmado el amplio margen del legislador para determinar las conductas punibles y sus sanciones, también han establecido como límites a esa labor el respeto de los derechos constitucionales y los principios de proporcionalidad y razonabilidad.⁹⁹⁵

993

Lo que visiblemente circunscribe el derecho internacional de los derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad. Esta cuestión cobra importancia a partir de los argumentos presentados en una de las demandas que resuelve esta Sentencia, al alegarse la vulneración de diferentes tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, por parte de las disposiciones demandadas.

994

Se precisa que si bien las recomendaciones y opiniones de los comités de control y seguimiento de los tratados internacionales, no se incorporan de manera automática al bloque de constitucionalidad ni son un parámetro para decidir la constitucionalidad de las leyes, no quiere decir que no sean tenidas en cuenta para interpretar los derechos fundamentales contenidos en la Constitución. De la misma forma que a la jurisprudencia de las instancias internacionales (pauta relevante para la interpretación de los tratados internacionales que forman el bloque de constitucionalidad), directamente no se le atribuye el carácter de bloque de constitucionalidad. De manera que con menor razón podría atribuírsele el carácter de bloque de constitucionalidad a las recomendaciones y observaciones de los organismos internacionales que no tienen atribuciones judiciales.

995

Se transcribe *in extenso* la Sentencia C-070, de 22 de febrero de 1996, y se muestra un extracto de la Sentencia C-205, de 11 de marzo de 2003. Resumidamente, la primera Sentencia considera que “el Estado social de derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de primer orden, sustrae del amplio margen de libertad legislativa para la

Explica la Sentencia que el principio de proporcionalidad actúa en dos direcciones: por una parte, la norma penal no puede restringir desproporcionadamente los derechos fundamentales en juego (medida perfeccionista que impone una conducta o total sacrificio de valores, principios o derechos constitucionales); y por otra parte, en virtud del carácter de última ratio del derecho penal en un Estado social de derecho, la sanción penal (máxima intervención en la libertad personal y en la dignidad humana) debe ser estrictamente necesaria, reservada a conductas de trascendencia social y proporcionada a la naturaleza del hecho punible. Así que, el legislador penal posee un amplio margen de configuración en materia penal, cuyos principales límites residen en los derechos constitucionales (dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, salud/vida/integridad de las personas). De modo que es necesario emplear un juicio de proporcionalidad para decidir en qué hipótesis el legislador penal, con el propósito de proteger la vida del *nasciturus*, termina afectando de manera desproporcionada los derechos de la mujer y transgrediendo los límites dentro de los cuales puede ejercer el margen de configuración.

e) La cuestión del aborto en el Derecho comparado

La Sentencia reconoce la disparidad entre las regulaciones del aborto de los países occidentales, y el abandono de los sistemas absolutamente prohibitivos del aborto a partir de finales de los 80, hasta el punto que a finales de los años 90, la mayoría de los países

configuración del ordenamiento penal, la facultad de fijar cualquier pena con independencia de la gravedad del hecho punible y su incidencia sobre los bienes jurídicos tutelados.” No obstante, manifiesta que “el Constituyente erigió los derechos fundamentales en límites sustantivos del poder punitivo del Estado, racionalizando su ejercicio”, de manera que “sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento.” Además, considera que “del principio de igualdad, se derivan los principios de razonabilidad y proporcionalidad que justifican la diversidad de trato pero atendiendo a las circunstancias concretas del caso (CP art. 13), juicio que exige evaluar la relación existente entre los fines perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos.” Explica que “mediante el principio de proporcionalidad se introducen las categorías de la antijuridicidad y la culpabilidad en el derecho constitucional.” Así, sólo la protección de bienes jurídicos realmente amenazados (daño efectivo), justifica la restricción de otros derechos y libertades, cuya protección igualmente ordena la Constitución, de modo que la aplicación de la pena consagrada en la ley debe hacerse de acuerdo con el grado de culpabilidad del sujeto, lo que supone que el juicio de proporcionalidad sea necesariamente individual y el castigo deba guardar simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al que se imputa. En el mismo sentido, la segunda Sentencia concibe el ejercicio del control constitucional efectivo más allá de dejar sin efecto normas penales arbitrarias, debiendo abarcar también un examen detenido sobre la proporcionalidad que ofrece la norma; además de considerar que el ejercicio del *ius punendi* está sometido a los principios de estricta legalidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, razonabilidad, igualdad y responsabilidad por el acto en tanto que límites materiales a la ejecución de esta competencia estatal.

de Europa Occidental y los estados de la Unión Americana habían introducido legislaciones bastantes permisivas en la materia, y en América Latina, algunos países como Argentina, México, Bolivia y Cuba habían despenalizado el aborto en ciertos supuestos.

Conjuntamente, subraya la importancia de los pronunciamientos de los jueces constitucionales que han debido pronunciarse sobre las dimensiones constitucionales de las normas legales de despenalización del aborto sometidas a control de constitucionalidad. Brevemente, comenta las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de 1973 (Roe contra Wade), del Tribunal Constitucional alemán de 1975 (BVerfGE 39, 1) y 1985 (BVerfGE 88, 203) y del Tribunal Constitucional español de 1985 (STC 53/1985), concluyendo que, cuando los tribunales constitucionales han debido abordar la constitucionalidad de la interrupción del embarazo, han coincidido en la necesidad de ponderar los intereses en juego en la colisión de la vida en gestación y los derechos de la mujer embarazada, coincidiendo en afirmar que la prohibición total del embarazo resulta inconstitucional porque imponer a la mujer llevar a término el embarazo bajo ciertas circunstancias, es una carga inexigible que anula sus derechos fundamentales.

f) La inconstitucionalidad de la prohibición total del aborto

A partir de aquí, la Sentencia se ocupa del examen del caso concreto.

En este apartado la Corte examina la exequibilidad o viabilidad constitucional de las disposiciones que penalizan el aborto mediante su prohibición total en el CP colombiano.⁹⁹⁶

En primer lugar, se aclara que el legislador no está obligado a adoptar medidas de carácter penal para proteger la vida del *nasciturus*, ni que sean el único tipo de medidas adecuadas para tal propósito, de modo que “la perspectiva desde la cual se aborda el

⁹⁹⁶

Esto es, el art. 122 del CP, que castiga el aborto en todos los casos, interpretado en sus alcances a la luz de los artículos 123, 124 y 32.7 también del CP. Con fundamento en los apartados anteriores de la Sentencia, la Corte parte de los mandatos constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte de bloque de constitucionalidad, que le otorgan a la vida en sus diferentes estadios (incluida la vida en gestación) el carácter de bien constitucionalmente protegido, de modo que las decisiones que adopte la mujer embarazada sobre la interrupción de la vida en gestación, trascienden de la esfera de su autonomía privada e interesan al Estado y al legislador.

asunto es otra: dada la relevancia de los derechos, principios y valores constitucionales en juego⁹⁹⁷ no es desproporcionado que el legislador opte por proteger la vida en gestación por medio de disposiciones penales.⁹⁹⁸

La Corte afirma que la penalización del aborto en todas las circunstancias resulta a todas luces inconstitucional, por implicar la completa preeminencia de la vida del *nasciturus* a costa del sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada,⁹⁹⁹ hasta el punto de desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección.

Después, la Sentencia asume la labor del legislador positivo de determinar las circunstancias en las cuales resulta excesivo exigirle a la mujer continuar con el embarazo por suponer el desprecio absoluto de sus derechos fundamentales, argumentando jurídicamente la despenalización del aborto en cada caso (cuando el embarazo se produce a partir del acceso carnal o acto sexual in consentido, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto; peligro para la vida o salud de la mujer; y grave malformación del feto que haga inviable su vida). La Sentencia supone que si el legislador no determina esas circunstancias, corresponderá al juez constitucional impedir quebrantamientos desproporcionados de los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo cual no significa que el legislador carezca de competencia (legitimidad democrática) para ello dentro del respeto a los límites constitucionales. Nos encontramos aquí ante una de las cuestiones cardinales de la Sentencia colombiana, pues el TC colombiano dispone como si de un legislador positivo

997

Por una parte están los derechos, principios y valores constitucionales de los que es titular la mujer gestante (dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, derechos a la salud, integridad y su propia vida); y por otra, la vida en gestación como un bien de relevancia constitucional que debe ser protegido por el legislador.

998

La Corte reconoce la complejidad de la decisión del legislador colombiano al proteger la vida en gestación mediante el derecho penal, justamente porque los tipos penales enfrentan diversos derechos, principios y valores constitucionales de igual relevancia, de manera que definir cuál debe prevalecer y en qué medida supone una disposición de hondas repercusiones sociales que depende de los avances sociales y los cambios de las políticas públicas.

999

Esto teniendo en cuenta que la Constitución colombiana de 1991 se rige por la coexistencia de los distintos valores, principios y derechos constitucionales, sin que ninguno tenga carácter absoluto ni preeminencia incondicional frente a los restantes, siendo uno de los fundamentos del principio de proporcionalidad como instrumento para resolver las colisiones entre normas con estructura de principios.

se tratara, sin ser competente para ello, pues la legitimidad democrática para legislar le corresponde al legislador y no a este Tribunal.

➤ **Acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto**

Dice la Sentencia que si bien el CP colombiano prohíbe el aborto en cualquier caso, el legislador ha previsto la atenuación de la pena o su exclusión cuando el embarazo es resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas (art. 124 CP), en virtud de la afectación de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer. No obstante, el aborto sigue siendo sancionable penalmente y continúan afectándose gravemente los bienes constitucionalmente relevantes de la mujer gestante. En consecuencia, la Corte cree que ésta debe ser una de las hipótesis de interrupción del embarazo no constitutiva de delito de aborto, no sólo por la manera como fue inicialmente contemplada por el legislador sino también porque en este caso la prevalencia absoluta de la protección de la vida del *nasciturus* supone un total desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida sino el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto autónomo de derechos y que por esa misma razón están sancionadas penalmente en varios artículos del CP, constituyendo una intromisión estatal de tal magnitud (libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana), que priva totalmente de contenido estos derechos y resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable.¹⁰⁰⁰

Asimismo, la Corte razona que cabría incluir el embarazo resultado del incesto (muchas veces compromete el consentimiento y la voluntad de la mujer), aún cuando no implique violencia física (generalmente compromete gravemente la autonomía de la mujer y desestabilizar la institución familiar), porque penalizar la interrupción del embarazo en estos casos supone también una injerencia desproporcionada e irrazonable en la libertad y dignidad de la mujer.

¹⁰⁰⁰ Según la Sentencia, “la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos.”

i. **Salud y vida de la mujer**

Primeramente, se reconoce que obligar a llevar a término un embarazo que amenaza la salud y la vida de la mujer embarazada resulta a todas luces excesivo, por suponer el sacrificio de la vida de la mujer embarazada a costa de la protección de la vida en formación, de manera que la sanción penal se funda en la preeminencia de la vida en gestación sobre los bienes constitucionales de la madre (no sólo el derecho a la vida, sino también a la salud de la madre).¹⁰⁰¹

En efecto, se señala la importancia de la vida como bien constitucionalmente protegido y el correlativo deber de protección a cargo del Estado, que imponen al legislador la adopción de medidas de protección de índole normativa, citando lo dicho por esta misma Corte en la Sentencia C-309, de 25 de junio de 1997, esto es, que el Estado o las autoridades no pueden ser indiferentes frente a una decisión en la cual una persona pone en riesgo su vida o su salud, pudiendo acordar medidas de protección para impedir que una persona se ocasione un grave daño a sí misma, medidas a veces incluso en contra de la propia voluntad ocasional de las personas.¹⁰⁰²

Por último, se muestra el derecho a la vida y a la salud de la mujer como parte del bloque de constitucionalidad,¹⁰⁰³ de modo que la prohibición del aborto cuando está en

1001

Así, se alude lo sostenido en reiteradas ocasiones por esta Corte, esto es, que el Estado no puede obligar a un particular (mujer embarazada) a asumir sacrificios heroicos y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general, aún cuando el embarazo sea resultado de un acto consentido, máxime en virtud del deber constitucional del cuidado de la propia salud (art. 49 de la Constitución).

1002

Aclara la Sentencia que ello no significa que cualquier medida de esta naturaleza sea admisible, puesto que éstas pierden toda legitimidad constitucional cuando se convierten en políticas "perfeccionistas", es decir, en la imposición coactiva a los individuos de modelos de vida y de virtud contrarios a los que ellos profesan (opuestos a la autonomía, dignidad y libre desarrollo de la persona como fundamentos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico).

1003

A partir de la interpretación realizada por distintos organismos internacionales de derechos humanos respecto de disposiciones contenidas en distintos convenios internacionales que garantizan estos derechos: el art. 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP), el art. 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

riesgo la salud o la vida de la mujer podrían constituir una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivadas de las normas del derecho internacional.^{1004 1005}

➤ **Grave malformación del feto que haga inviable su vida**

Según la Sentencia, la última hipótesis normativa en la cual resulta excesivo exigirle a la mujer continuar con la gestación, son las malformaciones del feto certificadas médicamente y que por su gravedad hacen que el feto sea inviable.¹⁰⁰⁶ Se argumenta que en estos casos el deber estatal de proteger la vida del *nasciturus* pierde peso por estarse ante una vida inviable, y los derechos de la mujer prevalecen, de manera que el legislador no puede obligar a la mujer, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica, no podrá vivir. Adicionalmente, se arguye que entrañaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la mujer debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable, lo que significa someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su intangibilidad moral, esto es, su derecho a la dignidad humana.

1004

Según la Sentencia, esta hipótesis cubre tanto la afectación de la salud física como mental de la mujer (el derecho al goce del más alto nivel posible de salud física y mental), o cuando el embarazo puede causar una situación de angustia severa o, incluso graves alteraciones síquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica (art. 12 del PIDESC).

1005

En respuesta a los alegatos de algunos intervinientes que consideraban que el art. 32.7 del CP admite que se invoque el estado de necesidad como eximente de responsabilidad penal cuando la vida o la salud de la madre oestante estén en peligro por alguna causa relacionada con el embarazo, la Corte advierte que el estado de necesidad no resuelve la tensión constitucional porque el legislador puede tipificar estas hipótesis como delito, supuesto que no es constitucionalmente admisible cuando se viene dando prevalencia exclusivamente a la vida del *nasciturus* sin atender ninguna otra circunstancia; y porque el art. 32.7 exige ciertas condiciones: peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

1006

Al respecto dispone la Sentencia: “En efecto, la hipótesis límite ineludible a la luz de la Constitución es la del feto que probablemente no vivirá, según certificación médica, debido a una grave malformación.”

➤ **Requisitos de la interrupción del embarazo desde el punto de vista constitucional**

La Corte dispone los requisitos que a su juicio deben cumplirse desde el punto de vista constitucional, confiriéndoles carácter autónomo e independiente.¹⁰⁰⁷

Para los casos de peligro para la vida o la salud de la mujer o cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, el único requisito que establece es la certificación de un profesional de la medicina que así lo asevere.¹⁰⁰⁸

Y para los casos de acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida, sólo requiere la denuncia penal debidamente presentada.¹⁰⁰⁹

➤ **La objeción de conciencia**

La Sentencia afirma que no se trata de un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado, siendo sólo posible reconocerlo a personas naturales.¹⁰¹⁰ Así, que este derecho hace referencia a una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada, sin poder implicar el desconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres, por lo que el médico que alegue la objeción de conciencia, debe proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentra en las hipótesis previstas a otro médico que sí pueda llevar a cabo el aborto.¹⁰¹¹

1007

Por ejemplo, que en caso de violación o incesto, no se exija además que la vida o la salud de la madre se encuentren en peligro o que se trate de un feto inviable.

1008

A este respecto, plantea la Sentencia que, el establecimiento de los eventos en que la continuación del embarazo produce peligro para la vida o salud de la mujer o en que existe grave malformación del feto que lo hace inviable, se sitúa en cabeza de los profesionales de la medicina quienes actuarán conforme a los estándares éticos de su profesión.

1009

Aclara la Corte, que en el caso de violación o incesto debe partirse de la buena fe y responsabilidad de la mujer que denunció tal hecho, bastando exhibir al médico copia de la denuncia debidamente formulada”.

1010

De manera que no pueden existir clínicas, hospitales o centros de salud objetores de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta Sentencia.

1011

Dice la Sentencia que esto es sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica

Del mismo modo, se dispone que si bien la Sentencia es de inmediata aplicación, nada impide al legislador¹⁰¹² realizar una reglamentación de las tres hipótesis no constitutivas del delito de aborto y del respeto de los derechos constitucionales de las mujeres (su goce efectivo en condiciones de igualdad y de seguridad dentro del sistema de seguridad social en salud).¹⁰¹³

➤ Fallo concerniente al artículo 122 del Código Penal

Si bien la Sentencia concluye que la prohibición completa e incondicional del aborto en todas las circunstancias es abiertamente desproporcionada por anular completamente los derechos de la mujer embarazada garantizados por la Constitución de 1991 y por los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, también dispone que la protección de los derechos de la mujer nunca puede implicar la declaración de inexecutable del art. 122 del CP, en tanto supondría la desprotección de la vida e impediría que el ordenamiento jurídico sobre el aborto surtiera sus efectos en situaciones donde la Constitución no lo ha ordenado permitir.

Por ende, en virtud del principio de conservación del derecho, se acuerda una exequibilidad condicionada a la impunidad del aborto en las hipótesis indicadas,¹⁰¹⁴ y se declara ajustado a la Constitución el art. 122 del CP, en el entendido que no se incurre en delito de aborto cuando con la voluntad de la mujer la interrupción del embarazo se produzca justamente en las 3 hipótesis mostradas.¹⁰¹⁵

1012

Esto es, en el ámbito legislativo de la seguridad social en salud y en cumplimiento de los deberes y dentro de las respectivas órbitas de la competencia del legislador.

1013

Según la Sentencia, en estos supuestos de impunidad el legislador no puede establecer cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer ni barreras que impidan la práctica del aborto.

1014

De manera que no se incurre en el delito de aborto en las hipótesis indicadas, impidiendo así que la debida protección a la vida en gestación represente una afectación manifiestamente desproporcionada de los derechos de la mujer embarazada.

1015

Al respecto dice la Sentencia: "Se declarará por lo tanto ajustado a la Constitución el artículo 122 del Código Penal en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: a) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto."

g) La inexecutable de la expresión “o en mujer menor de catorce años” contenida en el artículo 123 del Código Penal

La Sentencia reconoce que el art. 123 del CP¹⁰¹⁶ presume que la mujer de 14 años carece de capacidad para consentir el aborto, y en esa medida su consentimiento no es relevante desde el punto de vista de la sanción penal.

Se hace mención a los pronunciamientos reiterados en varias sentencias de esta misma Corte, referentes a la importancia de establecer medidas de protección para ciertos sujetos y en especial para los menores de edad,¹⁰¹⁷ donde se precisa que estas medidas deben resultar proporcionadas y no anular completamente los otros derechos, valores y principios constitucionales en juego.

En consecuencia, la Sentencia carga contra la presunción del art. 123 del CP (la mujer de 14 años carece de capacidad para consentir el aborto), por entender que desconoce completamente la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la salud e incluso la vida de las mujeres embarazadas menores de 14 años.¹⁰¹⁸ Y finalmente,

1016

El art. 123 del CP sanciona a quien produce un aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años.

1017

En tanto la Corte ha entendido que dichos sujetos se encuentran en situaciones temporales de debilidad de voluntad o de incompetencia, que les impiden diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses, o actuar consecuentemente en favor de ellos.

1018

Respecto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, se tienen en cuenta 2 consideraciones anteriormente realizadas por esta misma Corte: en primer lugar, que si bien todos los seres humanos son titulares de este derecho, la autonomía comprende las decisiones tomadas cuando se tienen elementos de juicio suficientes, de modo que los menores de edad pueden estar sujetos, en ciertas circunstancias, a mayores restricciones en el ejercicio de este derecho: y en segundo lugar, que la clasificación del art. 34 del CC colombiano (infantes, impúberes, púberes) no determina la titularidad del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pero sí permite algunas restricciones específicas en atención al grado de madurez del titular. Respecto al consentimiento informado de los menores de edad para la práctica de intervenciones médicas (que inciden propiamente en su definición sexual como por ejemplo el aborto), se atiende a lo dispuesto por esta Corte en la Sentencia SU-337, de 26 de mayo de 1999, la cual reconoce que el menor de edad no carece totalmente de autonomía y en muchos casos sus criterios deben ser no sólo tomados en consideración sino respetados. Conformemente, la Corte afirma que la edad del menor para autorizar tratamientos e intervenciones médicas, aún de carácter invasivo, no es un criterio absoluto, teniendo en cuenta que el acceso a la autonomía y el desarrollo de la personalidad es el resultado de un proceso de avance paulatino en el conocimiento de sí mismo y en el reconocimiento y uso de sus potencialidades y capacidades, descubriéndose como un ser autónomo, singular y diferente, de manera que menores con idéntica edad pueden sin embargo, en la práctica, evidenciar una distinta capacidad de autodeterminación, y por ende gozar de una diversa protección a su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

declara manifiestamente desproporcionada y por lo tanto inconstitucional, la medida de protección a las menores embarazadas establecida por el art. 123 del CP, en tanto despoja de relevancia jurídica al consentimiento de las mismas, anulando sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y a la dignidad; y adicionalmente, por no resultar una medida de protección adecuada para conseguir los fines que se cuando sea necesario practicar un aborto para garantizar la vida o la salud de una menor embarazada, teniendo en cuenta que a tenor del art. 123, cualquier persona que practique un aborto en una menor de 14 años, aún cuando esta intervención sea necesaria para proteger la vida y la salud de la menor y sea consentida por ella, sería autor del delito tipificado en dicho precepto. Por ende, la expresión “o en mujer menor de catorce años” contenida en el art. 123 del CP es declarada inexecutable o inconstitucional.

h) De la inexecutable de la disposición contenida en el artículo 124 del Código Penal

Esta Sentencia declara inexecutable o inconstitucional el art. 124 del CP, debido a que la atenuación punitiva en él recogida (embarazo producto de diversas formas de violencia sexual)¹⁰¹⁹ resulta despenalizada por esta misma Sentencia, de manera que ya no existiría delito en las premisas allí recogidas debiendo suprimirse esta norma del ordenamiento jurídico colombiano.

i) La constitucionalidad del numeral 7 del artículo 32 del Código Penal

La Sentencia explica que el estado de necesidad del art. 32.7 del CP¹⁰²⁰ es una causal genérica de extinción de la responsabilidad penal y por ende no solo se aplica al delito de aborto sino a todos los delitos compatibles con la misma. De este modo, considera que no puede declararse su inconstitucionalidad por los cargos expuestos por

1019

A saber, cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

1020

Como es sabido, esta causal excluye la responsabilidad penal cuando se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que no haya sido causado intencionalmente o por imprudencia del agente y que éste no tenga el deber jurídico de afrontar.

los demandantes,¹⁰²¹ lo cual conllevaría a que muchas situaciones en las que el estado de necesidad opera queden desprotegidas.¹⁰²²

Finalmente, la Sentencia declara la exequibilidad del art. 32.7 del CP, razonando que si no se incurre en delito de aborto en las hipótesis anteriormente señaladas, tales conductas ya no son ni siquiera típicas y mucho menos habría que indagar sobre la responsabilidad penal de las mismas.

j) Consideraciones finales de la Sentencia

La Corte concluye que la prohibición total del aborto es inconstitucional y por ende declara la exequibilidad del art. 122 del CP, a condición de que se declare que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en las hipótesis de impunidad del aborto anteriormente mencionadas.

Declara la posibilidad de que el legislador determine otras hipótesis añadidas a las mencionadas, en las que no se aplique la sanción penal, atendiendo las circunstancias en las cuales sea practicado el aborto, la educación de la sociedad y los objetivos de la política de salud pública.

Acuerda la vigencia inmediata de esta Sentencia, aclarándose que el goce de los derechos protegidos en la misma no requiere de desarrollo legal o reglamentario alguno.¹⁰²³

Y por último, aclara que la decisión adoptada en esta Sentencia, no implica la obligación de abortar para las mujeres, sino más bien una opción ante las circunstancias

1021

A juicio de los demandantes el estado de necesidad regulado por esta disposición vulnera los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal de la mujer, porque esta se ve obligada a someterse a un aborto clandestino “y por lo tanto humillante y potencialmente peligroso para su integridad”.

1022

Respecto al alegato de los demandantes sobre la “insuficiencia del estado de necesidad para proteger los derechos fundamentales de la mujer embarazada que decide abortar”, debido a que sólo operaría después de haberse interrumpido su embarazo clandestinamente y en condiciones “humillantes y potencialmente peligrosas para la salud”, la Corte dice que no se deduce que el mismo sea contrario a la Constitución.

1023

Lo que no significa que los órganos competentes, si lo consideran conveniente, no puedan expedir normas que fijen políticas públicas acordes con esta decisión.

difíciles propias de las causales de excepción¹⁰²⁴, de manera que la mujer puede decidir continuar con su embarazo, en cuyo caso goza de amplio respaldo constitucional.

En suma, esta Sentencia resuelve negar las solicitudes de nulidad de los demandantes; declarar la exequibilidad del art. 32.7 y 122 del CP (exequibilidad condicionada)¹⁰²⁵; y asimismo declarar la inexequibilidad la expresión “en mujer menor de catorce años” del art. 123 del CP y del art. 124 también del CP.

4.3. Conclusiones concernientes a la Sentencia de la Corte Constitucional C-355-06

El desarrollo interpretativo de la Sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-355-06 resulta sumamente complejo, pues congenia que el Estado debe abordar las necesidades o problemas sociales en torno al aborto, a su vez que no puede disponer arbitrariamente de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, los cuales tampoco pueden ser ilimitados porque se generaría un desconcierto en todos los ámbitos sociales.

La Sentencia C-355-06 opta por ponderar de manera muy comedida los bienes jurídicos en conflicto en torno al aborto, acordando la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo únicamente en tres supuestos básicos, que no deberían aceptar vacilación alguna de cara a la protección de los bienes jurídicos constitucionales propios de la mujer, tales como la vida, la salud, la libertad, la intimidad, la dignidad humana, entre otros. Así, exclusivamente despenaliza el aborto cuando la continuación del embarazo supone un riesgo para la vida o para la salud física o mental de la mujer; cuando existen serias malformaciones que hacen que el feto sea inviable; y cuando el embarazo es consecuencia de un acto criminal de violación, incesto, inseminación artificial involuntaria o implantación involuntaria de un óvulo fecundado.

1024

La mujer puede decidirse por la interrupción de su embarazo sin consecuencias de carácter penal, e ahí que sea imprescindible, en todos los casos, su consentimiento.

1025

En el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

En cualquier caso resulta próspero que la Corte colombiana reconozca en este pronunciamiento que la prohibición absoluta del aborto viola los derechos fundamentales de la mujer, de manera que es a todas luces inconstitucional por implicar la completa preeminencia de la vida del *nasciturus* a costa del sacrificio despótico de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, hasta el punto de desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección.

Ciertamente, la Corte se basa en cuestionar la interrupción del embarazo como conducta punible, por cuanto dichas tipificaciones atentan gravemente contra la vida, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, la privacidad o intimidad, la igualdad, la integridad personal, la salud, la vida y la autonomía reproductiva de la mujer embarazada, y porque igualmente viola la dignidad de la misma. Para ello apunta la labor del legislador positivo de determinar las circunstancias en las cuales resulta excesivo exigirle a la mujer continuar con el embarazo por suponer el desprecio absoluto de sus derechos fundamentales, argumentando jurídicamente la despenalización del aborto en cada caso. De ahí su decisión final de derogar los tipos penales que atenuaban la pena del delito de aborto, considerando que dichos preceptos no deben ser causales de disminución de la pena sino causales de exoneración de una consecuencia desfavorable a quien este incurso en alguna de ellas, estableciendo finalmente como causales de exoneración del delito de aborto dichos supuestos de impunidad.

En efecto, esta Sentencia es esencial en la historia jurídica del aborto en Colombia, por superar el sacrificio absoluto de los derechos de la mujer embarazada en torno al aborto (dignidad, vida, salud, integridad, libertad, libre desarrollo de la personalidad, autonomía sexual y reproductiva), dejando atrás la protección incondicional de la vida humana en formación, a pesar de que Colombia ha sido siempre una nación encaminada por los senderos del conservacionismo, debido a la fuerte influencia de la religión católica.

También, esta Sentencia se convierte en la piedra angular del reconocimiento de los derechos humanos sexuales y reproductivos de las mujeres colombianas, al advertir la relación entre estos derechos y los propios derechos fundamentales de la mujer, considerando que diferentes tratados internacionales son la base del reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las mujeres, partiendo de la protección de otros derechos fundamentales (vida, salud, igualdad, no discriminación, libertad,

integridad personal, estar libre de violencia) que constituyen a su vez el núcleo esencial de los derechos reproductivos.

En virtud de las consideraciones expuestas, adviértase que este pronunciamiento de la Corte Constitucional colombiana constituye un valioso precedente en materia de aborto para los países latinoamericanos que aún no han iniciado el camino hacia la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, en tanto abandona la ofensa autoritaria de los derechos fundamentales de la mujer para más bien reconocer la infalible naturaleza de estos derechos en la sociedad colombiana actual y en sus relaciones con el Estado y con los derechos sexuales y reproductivos.

La Corte colombiana utiliza el método de interpretación extensiva para reflexionar la inconstitucionalidad de la prohibición absoluta del aborto y despenalizar el mismo en los supuestos indicados. Es decir, no interpreta la Ley desde su sentido literario u original, sino basándose en pautas flexibles y principios abstractos al considerar que los conceptos jurídicos han cambiado socialmente y que no es necesario orientarse exclusivamente en lo dispuesto en la Ley o en lo que el legislador buscó al crearla, sino también en lo que puede inferirse de la misma y de los preceptos extrajurídicos. Otorga así un espíritu más amplio a las normas constitucionales del que supuestamente pueden tener, estableciendo como límites a la potestad de configuración del legislador positivo los mismos derechos fundamentales y los principios constitucionales. De esta manera la Corte toma los derechos fundamentales como fundamento jurídico para apoyar su decisión, una cuestión de suma importancia, pues si bien está claro que el *nasciturus* es sujeto de protección por parte del Estado y de la misma sociedad (pues es el pilar que fundamenta la existencia de vida humana), también debe tomarse en cuenta la condición de la mujer y los derechos fundamentales que la protegen.

A mi modo de ver, pareciera que el principio de la dignidad humana ha resultado ser la regla más difícil de interpretar para la Corte, puesto que se cataloga como un concepto jurídico indeterminado que puede acomodarse a cualquier situación fáctica. De ahí que la Sentencia alude a la dignidad humana como un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aún cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida; asimismo, que se conciba como un concepto jurídico que cumple diversas funciones en el ordenamiento constitucional como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, esto es, un principio fundante del

ordenamiento jurídico con una dimensión axiológica como valor constitucional, o un principio constitucional con carácter derecho fundamental autónomo.

Adviértase que la Corte no puede rebasar las funciones que le son propias dándole a las normas sobre el aborto un alcance diferente al que inicialmente tienen. Lo que sí puede es tener cierta independencia al fallar, en este caso deliberando la necesidad de despenalizar el aborto, al menos en ciertos casos en que las consecuencias de su prohibición son más graves que las de su despenalización, aún cuando no haya habido cambios formales en la Constitución. Acudamos a este ejemplo para observar que la Corte colombiana más bien ejerció la función parlamentaria determinando por sí misma las circunstancias de impunidad del aborto. Afirmaré ahora que lo correcto hubiese sido que la Corte sólo estableciera la necesidad de despenalizar el aborto, dejándole al legislador la tarea de regularizar el aborto con base en la jurisprudencia constitucional.

Por consiguiente, con esta Sentencia la Corte Constitucional colombiana utiliza su jurisprudencia como fuente de derecho positivo y no como una fuente complementaria, ejerciendo competencias parlamentarias que no le corresponden ni siquiera al tratarse de derechos fundamentales contenidos en la Constitución.

Nos encontramos aquí ante una de las cuestiones principales de la Sentencia colombiana, pues la Corte entra a legislar como si de un legislador positivo se tratara sin ser competente para ello, cuando la legitimidad democrática para legislar le corresponde al legislador por imperativo constitucional, supeditando así la función legisladora a la judicial.

Además, la Corte Constitucional se protege explicando que si el legislador no determina las circunstancias en las cuales resulta excesivo exigirle a la mujer continuar con el embarazo por suponer el desprecio absoluto de sus derechos fundamentales, corresponderá al juez constitucional impedir quebrantamientos desproporcionados de los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que no significa que el legislador carezca de competencia para ello dentro del respeto a los límites constitucionales. Así, la Corte pasa por alto la esencia legislativa del Derecho, y también el hecho de que si bien el Derecho acepta distintas fuentes, toma como principal la Constitución, una situación que resulta cuanto menos comprometida.

Sumando, la Corte sortea el mandato de la teoría de separación de poderes respecto a la cual los miembros del poder legislativo deben ser diferentes a los miembros

del poder ejecutivo y judicial. La Corte no tiene en cuenta que la norma jurídica que resuelve un problema social debe ser aplicada estrictamente por el juez, sin entrar a determinar discrecionalmente cuál es su alcance interpretativo, toda vez que su función no es política sino judicial.

Por último, cabe afirmar que el legislador colombiano se muestra constreñido a la hora de regular legalmente el aborto, mientras que la Corte Constitucional colombiana se revela generosa hasta el punto de despenalizar parcialmente el aborto en virtud del modelo de indicaciones, incluso yendo más allá de su competencia de mero administrador de justicia, sin observar lo que le ordena la Constitución y sin ser consecuente con la noción de legislador positivo y las funciones que a éste le confiere la propia Constitución.

5. *El sistema del plazo en Latinoamérica*

Como se señalaba inicialmente, los únicos territorios latinoamericanos que acogen el sistema del plazo para regular el aborto voluntario, permitiendo a las mujeres interrumpir su embarazo libremente durante un plazo inicial de impunidad son: Cuba, el D.F. de México y Uruguay.¹⁰²⁶

5.1. El sistema del plazo cubano

Cuba ha sido el primer país latinoamericano en legalizar el aborto sin restricciones en 1965, reconociéndoles a las mujeres el derecho a decidir sobre su embarazo durante las primeras 10 semanas de gestación.

En Cuba no existe una ley del aborto, no obstante su práctica esta permitida durante dicho periodo de impunidad sin que deba mediar razón ni requisito alguno en la decisión de la mujer, sistematizándose así en las regulaciones especiales en materia sanitaria. Se les otorga así a las mujeres la posibilidad de acceder de manera fácil, cómoda y gratuita a la interrupción voluntaria del embarazo ante los servicios públicos sanitarios.

¹⁰²⁶

Como se mencionaba inicialmente, también Puerto Rico y Belice (respecto a los cuales existe diversas opiniones sobre si forman parte o no de Latinoamérica) se rigen por el modelo de plazos.

Según la Encuesta Nacional de Fecundidad realizada en 2009 por la Oficina Nacional de Estadística (ONE),¹⁰²⁷ la alta tasa de abortos en Cuba ha llevado a especialistas a afirmar que los cubanos están utilizando la interrupción del embarazo como método anticonceptivo, o bien, como alternativa al no uso o al uso incorrecto de métodos anticonceptivos, lo que pudiera deberse a la confianza en el sistema de salud cubano y a la facilidad para acceder a esta prestación sanitaria, sin que se tengan en cuenta los riesgos que implica la intervención abortiva sobre la salud de las mujeres.¹⁰²⁸

Miguel Sosa, presidente de la Sociedad Científica Cubana para el Desarrollo de la Familia (SOCUDEF) afirma que el aborto en Cuba es un problema de salud, teniendo en cuenta que en 2009 también se determina que más de la mitad de los casos de infertilidad en mujeres cubanas es una secuela de uno o más abortos que les habían sido practicados.^{1029 1030}

1027

El Informe de resultados de la Encuesta Nacional de Fecundidad de 2009 se puede consultar en el sitio web <http://www.one.cu/publicaciones/cepde/enf/Completa/encuestanacionaldefecundidad2009.pdf>.

1028

Cfr. Informe de resultados de la Encuesta Nacional de Fecundidad 2009, apartado II.3.4 de la prevalencia del aborto y de regulaciones menstruales, 45 y sigs.: "La ocurrencia de embarazos no deseados presupone en muchos casos la recurrencia al aborto y a regulaciones menstruales como vía para detener el proceso de la concepción. La alta prevalencia de estos eventos en Cuba han llevado a especialistas a afirmar que los cubanos en la actualidad están utilizando estos procedimientos como métodos anticonceptivos, es decir como alternativa al no uso -o al uso incorrecto- de los diferentes métodos. Dicho comportamiento por parte de la población pudiera sustentarse en su confianza en el sistema de salud cubano, en el ejercicio del derecho de accesibilidad al servicio y la seguridad, más que en su conocimiento de los riesgos que implican cualquiera de estos procederes sobre la salud de las mujeres. La ENF-2009 investigó la prevalencia de abortos y regulaciones menstruales en la población cubana de 15 a 54 años. Tanto a hombres como a mujeres se les preguntó las experiencias al respecto, en el caso de las mujeres se les solicitó refirieran los eventos experimentados de manera personal, y en el caso de los hombres las experiencias compartidas con alguna pareja femenina. Las proporciones que se obtuvieron son significativas y constatan que esta es una práctica relevante en la historia reproductiva de una parte importante de las actuales generaciones de cubanas y cubanos. El 21 % de las mujeres cubanas de 15 a 54 años refirió haber experimentado al menos un embarazo que terminó en un aborto provocado o una regulación menstrual." A efectos la regulación menstrual indicada en la encuesta anterior, precisar que la misma consiste en una aspiración endouterina, que debe realizarse habitualmente con 5 o menos semanas de amenorrea (falta de la menstruación), sin que se pueda esperar a tener la confirmación del embarazo para evitar demoras. Aunque no en todos los casos, en realidad se trata casi siempre de una interrupción de embarazo. Las regulaciones menstruales son menos riesgosas que el aborto inducido pues no llevan anestesia, lo que ha favorecido que la mujer cubana, de cualquier edad, cuando le falta la menstruación y ha tenido riesgos de haberse embarazado, no pierda tiempo para hacer uso de este método.

1029

Este es el caso de YINDRA GARCÍA, una joven cubana de tan sólo 28 años de edad, que decidió llevar a término su embarazo por miedo a abortar nuevamente, toda vez que desde los 20 años se había realizado 9 abortos

En conclusión, se debe valorar positivamente el generoso reconocimiento que formaliza Cuba respecto al derecho de las mujeres a decidir sobre su propio embarazo, al menos durante un corto periodo de 10 semanas, consiguiendo el acceso rápido y seguro a la interrupción voluntaria del embarazo mediante el sistema sanitario público. Naturalmente así Cuba logra el respeto de los derechos fundamentales de sus mujeres, reconociendo además los derechos sexuales y reproductivos de sus ciudadanos.

Por el contrario, es preocupante que en Cuba la interrupción del embarazo se esté manejando sin control ni prudencia, como método anticonceptivo, hasta el punto de constituirse un problema de salud dado el elevado número de mujeres que resultan estériles a causa de la práctica de uno o más abortos.

En Cuba resulta urgente fomentar políticas sociales que promuevan la planificación familiar y la práctica del sexo seguro, concienciando a los cubanos sobre la importancia del correcto y sistemático uso de los métodos anticonceptivos como opciones válidas y seguras para alcanzar una salud sexual y reproductiva idónea para todos. También es preciso advertir a las mujeres sobre las posibles complicaciones médicas del aborto, sensibilizando a la población sobre la importancia de prevenir embarazos no deseados, eligiendo el aborto exclusivamente en casos inexcusables y ante circunstancias personales fatales.

voluntarios en la sanidad cubana. Esta situación evidentemente denota que las altas cifras de abortos practicados denotan el desconocimiento de los riesgos que este procedimiento puede tener para la salud reproductiva de la mujer. Sobre el problema del aborto en Cuba Cfr. LILLIET HEREDERO, Cuba: cuando el aborto es una alternativa al método anticonceptivo, BBC Mundo de 10 de marzo de 2011, disponible en http://www.bbc.com/mundo/noticias/2011/03/110119_cuba_aborto_salud_lh.shtml.

1030

El aborto punible en Cuba se encuentra regulado en el art. 267 del CP cubano. Lev núm. 62. de 29 de diciembre de 1987. capítulo VI. del aborto ilícito. Según dicho precepto el aborto es ilegal cuando se realiza sin consentimiento de la mujer, fuera de los servicios hospitalarios, cuando no lo realiza un médico o se cobra el acto médico. Dicho precepto estipula textualmente: “1. *El que, fuera de las regulaciones de salud establecidas para el aborto, con autorización de la grávida, cause el aborto de ésta o destruya de cualquier manera el embrión, es sancionado con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas. 2. La sanción es de privación de libertad de dos a cinco años si el hecho previsto en el apartado anterior: a) se comete por lucro; b) se realiza fuera de las instituciones oficiales; c) se realiza por persona que no es médico.*”

5.2. El sistema del plazo en Ciudad de México

En Ciudad de México¹⁰³¹ se despenaliza el aborto mediante el modelo del plazo hasta las 12 semanas de embarazo, a partir del Decreto por el que se reforma el Código penal para el Distrito Federal y se adiciona la Ley de Salud para el Distrito Federal, de 24 de abril de 2007.¹⁰³²

Este Decreto reforma los artículos 144 y sigs. del CP para el Distrito Federal relativos al aborto,¹⁰³³ y añade el tercer párrafo del art. 16 Bis 6 y el art. 16 Bis 8 de la Ley de Salud del Distrito Federal.^{1034 1035}

Después de las 12 semanas de embarazo, sólo se reconoce el derecho al aborto en los casos dispuesto en el art. 193 del Reglamento de la Ley de Salud del Distrito

1031

El 29 de enero de 2016, se promulgó y publicó el decreto de reforma constitucional por la que el Distrito Federal dejaba de existir para convertirse, a partir del día siguiente, en una entidad con plena autonomía dentro de la federación bajo el nombre de Ciudad de México; continuará conservando el carácter de capital de la República y seguirá albergando los poderes de la unión. Este cambio a ciudad-estado es similar a la existente organización territorial de las capitales de otros países, tales como Alemania o Austria.

1032

En México la interrupción del embarazo se denomina interrupción legal del embarazo (ILE).

1033

El art. 144 considera que el aborto es la interrupción del embarazo después de la semana 12 de gestación, y para los efectos de este CP, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio. El art. 145 castiga con pena de 3 a 6 meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar, después de las 12 semanas de embarazo. En este caso, el delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado. Al que hiciere abortar a una mujer, con el consentimiento de ésta, se le impondrá de 1 a 3 años de prisión. El art. 146 considera aborto forzado la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada. Al que hiciere abortar a una mujer por cualquier medio sin su consentimiento, se le impondrá de 5 a ocho 8 de prisión. Si mediare violencia física o moral, se impondrá de 8 a 10 años de prisión. El art. 147 establece como pena supletoria del aborto o aborto forzado causado por un médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, la suspensión en el ejercicio de su profesión u oficio por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.

1034

Disponiendo que las instituciones públicas de salud atenderán las solicitudes de interrupción del embarazo a las mujeres solicitantes aún cuando cuenten con algún otro servicio de salud público o privado.

1035

Estableciendo que la atención de la salud sexual y reproductiva tiene carácter prioritario y los servicios que se presten en la materia constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, indicando que el gobierno promoverá y aplicará permanentemente y de manera intensiva, políticas integrales, tendientes a la educación y capacitación sobre la salud sexual, los derechos reproductivos, así como la maternidad y la paternidad responsables, entre otras medidas de planificación familiar y anticoncepción.

Federal.¹⁰³⁶ Este artículo establece textualmente: *“La práctica de interrupción del embarazo, de acuerdo con las excluyentes de responsabilidad penal, se realizará siempre y cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: I.- Cuando el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación o de una inseminación artificial no consentida, siempre y cuando obre la autorización para la interrupción del embarazo emitida por el Agente del Ministerio Público, adscrito al Sistema de Auxilio a Víctimas en su carácter de representante social; II.- Cuando la continuidad de la gestación represente un grave riesgo para la salud física o psíquica de la embarazada, condición avalada por el juicio emitido por el médico especialista que la atiende y oyendo el dictamen de otro médico con la especialidad acorde con la patología que presente dicha persona. En caso de que la demora sea peligrosa para la gestante, podrá prescindirse del dictamen del segundo médico; III.- Cuando exista razón suficiente para diagnosticar que el producto de la gestación presenta graves anomalías genéticas o congénitas, que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo; avalados por dos dictámenes médicos emitidos por dos especialistas adscritos a unidades médicas del sector público, social o privado; IV.- Cuando un embarazo ya se encuentre interrumpido, como resultado de una conducta culposa o no intencional de la mujer embarazada.”*

En Ciudad de México la interrupción legal del embarazo es un servicio médico al que toda mujer tiene derecho,¹⁰³⁷ incluso para las mujeres que vienen del resto del país o que son extranjeras pero residen legalmente en México.

En síntesis, el Decreto del Distrito Federal que despenaliza el aborto durante las primeras 12 semanas de embarazo, va más allá que el resto de normas locales de los Estados mexicanos,¹⁰³⁸ salvaguardando los derechos de la mujer y en particular su

¹⁰³⁶ Publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 7 de julio de 2011.

¹⁰³⁷ Existen clínicas y hospitales de la Secretaría de Salud que proveen el servicio de aborto de manera gratuita. En los hospitales se deberá presentar la hoja de gratuidad que se tramita en el centro de salud más cercano a su domicilio. Los servicios de aborto en esas clínicas y hospitales se proporcionan a todas las mujeres que lo soliciten, sin importar si cuentan con el derecho a la seguridad social. También se proporcionan métodos anticonceptivos de forma gratuita.

¹⁰³⁸ Estados que, como se ha señalado antes, hasta entonces habían llegado a declarar la legalidad del aborto como mucho cuando el embarazo es producto de una violación, pudiera poner en peligro la vida de la madre, o existía una malformaciones del feto.

derecho de libre decisión respecto a lo que acontecía en su propio cuerpo ante el embarazo y las consecuencias del mismo en su vida futura.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁰³⁹ consolida la Ley del Distrito Federal sobre la despenalización del aborto de 2007, cuando declara su constitucionalidad mediante Sentencia de 28 de agosto de 2008.¹⁰⁴⁰

Dicha Sentencia trata tres cuestiones principales: la incompetencia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para definir el embarazo a efectos de la tipificación del delito de aborto, la existencia y naturaleza del derecho a la vida y el planteamiento de fondo en relación con los principios en materia penal de la reforma.¹⁰⁴¹

La incompetencia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal,¹⁰⁴² es resuelta partiendo de la libertad de calificación y configuración en materia penal que tiene dicha Asamblea, entendiendo que no existe invasión de esferas por su parte al definir el embarazo para efectos de la tipificación del delito de aborto en el D.F.

Sobre la existencia y naturaleza del derecho a la vida,¹⁰⁴³ la Corte reconoce que no existe ningún fundamento constitucional o internacional que obligue al legislador a establecer o mantener un tipo penal específico, sin que la mera existencia de un derecho fundamental a la vida implique la obligación de la penalización de una conducta que lo

1039

La Suprema Corte de Justicia de la Nación es el máximo Tribunal del Poder Judicial de México y el principal y más alto Tribunal de naturaleza constitucional de México.

1040

Acciones de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 contra las reformas en el D.F. que despenalizaron el aborto en las primeras 12 semanas de gestación por parte de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y la Procuraduría General de la República.

1041

Cfr. GAMBOA MONTEJANO y VALDÉS ROBLEDO, *Regulación del aborto en México: Estudio teórico conceptual, de antecedentes legislativos, instrumentos jurídicos internacionales, jurisprudencia y opiniones especializadas* (primera parte), 2014, 50 y sigs.

1042

Los demandantes alegaban que los conceptos de embrión, embarazo y gestación integran nociones básicas de las funciones de atención materno-infantil, planificación familiar e investigación para la salud, que pertenecen a la materia de salubridad general de la República, y por lo tanto, están reservadas al Congreso de la Unión mediante una Ley General.

1043

Los recurrentes entendían que el legislador secundario no está facultado para permitir actos tendientes a privar de la vida a un ser humano como lo es el producto de la concepción a partir de la fecundación, no pudiendo hacer distinciones por razón de edad gestacional, ya que implicaría establecer restricciones a un derecho fundamental.

afecte. Se considera que ningún instrumento internacional de derechos humanos aplicable a México reconoce el derecho a la vida como un derecho absoluto, ni exige un momento específico para el inicio de su protección, de modo que México no se encuentra obligado a proteger la vida desde el momento de la concepción. Se señala que la expresión “en general” del art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁰⁴⁴ no expresa carácter absoluto, en tanto se introduce a efecto de todos los estados que formaran parte en este tratado, es decir, tanto de los estados que protegen la vida a partir de la concepción, como de aquellos que no desean obligarse a una protección total.

Con respecto a la temporalidad o plazo de impunidad, la Sentencia considera que el periodo de 12 semanas es el más seguro y recomendable en términos médicos, pues despenaliza la interrupción del embarazo únicamente en el periodo embrionario y no el fetal, antes de que se desarrollen las facultades sensoriales y cognitivas del producto de la concepción. Añade que la penalización de la interrupción del embarazo en su etapa inicial no resulta idónea para salvaguardar la continuación del proceso de gestación, teniendo en cuenta la realidad social, en tanto las mujeres que no quieren ser madres recurren al aborto clandestino, de manera que el reproche penal no sirve para asegurar el correcto desenvolvimiento del proceso de gestación. En este sentido, se entiende que el legislador realizó un ejercicio de ponderación que se circunscribe al ámbito penal, una medida considerada idónea para salvaguardar los derechos de las mujeres, pues la no penalización tiene como contraparte la libertad de las mujeres para que decidan respecto de su cuerpo, su salud física y mental, e incluso, respecto a su vida.

Sobre el planteamiento de fondo, en relación con los principios en materia penal, la Suprema Corte entiende que los artículos impugnados (144, 145, 146 y 147 del CP para el Distrito Federal) no son contrarios a lo dispuesto en el art. 14 de la Constitución,¹⁰⁴⁵ al

1044

Literalmente establece el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

1045

Establece literalmente el art. 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. En los juicios del orden

contar con todos los elementos que constituyen la prohibición normativa y no contener conceptos ambiguos o imprecisos, de modo que el legislador no vulnera el principio de exacta aplicación de la ley penal, pues los artículos resultan acordes al principio de legalidad en tanto no se trata de normas penales en blanco, sino de disposiciones claras y precisas.

En definitiva, la Sentencia de la Suprema Corte de la Nación constituye una de las sentencias más importantes en el reconocimiento de los derechos fundamentales y propiamente de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en México, pues si bien la tendencia en este país, aún con la despenalización del aborto, es el interés superior por proteger el derecho a la vida, éste se sitúa frente a los derechos fundamentales de la mujer, propiamente frente al derecho a la libre decisión de la mujer sobre su propio cuerpo, ciertamente de una manera consciente e informada cuando se le hace saber sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos de la interrupción del embarazo.

Positivamente, esta Sentencia mexicana afirma la ponderación de bienes que realiza el legislador, al considerarla una medida idónea para salvaguardar los derechos de las mujeres, entendiendo que la no penalización tiene como contraparte la libertad de las mujeres para que decidan respecto de su cuerpo, su salud física y mental, e incluso, respecto a su vida, de forma tal que el periodo de 12 semanas es el más seguro y recomendable médicamente al despenalizar la interrupción del embarazo únicamente en el periodo embrionario y no el fetal (antes de que se desarrollen las facultades sensoriales y cognitivas del producto de la concepción), teniendo también en cuenta que la penalización del aborto en su etapa inicial no resulta idónea para salvaguardar la continuación del embarazo, en tanto la realidad social demuestra que las mujeres que no quieren ser madres recurren al aborto clandestino igualmente.

civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de esta se fundará en los principios generales del derecho.”

5.3. El sistema del plazo en la legislación uruguaya

En el año 2012, Uruguay legaliza el aborto en virtud del matizado modelo del plazo con asesoramiento, a partir de la Ley núm. 18.987 de interrupción voluntaria del embarazo, de 22 de octubre de 2012.¹⁰⁴⁶

El art. 2 de dicha Ley, dispone que la interrupción voluntaria del embarazo no será penalizada y en consecuencia no serán aplicables los artículos 325 y 325 bis del CP uruguayo, cuando la mujer cumpla con los requisitos establecidos en el art. 3 de esta misma Ley, siempre que el aborto se practique durante las primeras 12 semanas de gestación.

Dentro del plazo inicial de impunidad, la mujer deberá acudir a consulta médica ante una institución del Sistema Nacional Integrado de Salud, a efectos de poner en conocimiento del médico las circunstancias que a su criterio le impiden continuar con el embarazo. El médico debe disponer para el mismo día o para el inmediato siguiente, la consulta con el equipo interdisciplinario,¹⁰⁴⁷ quien actuando conjuntamente, deberá informar a la mujer de lo establecido en esta Ley, de las características de la interrupción del embarazo, de los riesgos inherentes a esta práctica, de las alternativas al aborto (programas disponibles de apoyo social y económico, así como de la posibilidad de dar su hijo en adopción), ofreciéndole apoyo psicológico y social para contribuir a superar las causas que puedan inducirla al aborto, garantizando que disponga de la información para la toma de una decisión consciente y responsable pasado el plazo obligatorio de reflexión de 5 días. Además, los profesionales integrantes del equipo interdisciplinario, deberán orientar y asesorar a la mujer sobre los medios adecuados para prevenir embarazos futuros y sobre la forma de acceder a éstos, así como respecto a los programas de planificación familiar existentes; se entrevistarán con el progenitor, en el caso que se haya recabado previamente el consentimiento expreso de la mujer; garantizarán, dentro del marco de su competencia, que el proceso de decisión de la mujer permanezca exento de

¹⁰⁴⁶

La Ley núm. 18.987 de interrupción voluntaria del embarazo, de 22 de octubre de 2012, se encuentra reglamentada por el Decreto núm. 375/012, de 22 de noviembre de 2012.

¹⁰⁴⁷

El equipo interdisciplinario podrá ser el previsto en el art. 9 del Decreto 293/010 Reglamentario de la Ley núm. 18.426, de 1 de diciembre de 2008, que a éstos efectos estará integrado al menos por 3 profesionales: un ginecólogo, un especialista del área de la salud psíquica y un especialista del área social.

presiones de terceros, sea para continuar o interrumpir el embarazo, absteniéndose de asumir la función de denegar o autorizar el aborto.

Más allá del plazo inicial de impunidad de las primeras 12 semanas de gestación, la Ley de plazos uruguaya opta por la prohibición del aborto, disponiendo con carácter excepcional ciertas indicaciones por causas médicas en su art. 6, esto es, cuando el embarazo implique un grave riesgo para la salud de la mujer (se deberá tratar de salvar la vida del embrión o feto sin poner en peligro la vida o la salud de la mujer), cuando se verifique un proceso patológico que provoque malformaciones incompatibles con la vida extrauterina, y cuando el embarazo fuera producto de una violación (denuncia judicial), en cuyo caso el aborto deberá practicarse dentro de las 14 primeras semanas de gestación. En todos los casos anteriores la mujer deberá prestar consentimiento informado, excepto cuando la gravedad de su estado de salud lo impida.

Las menores de edad deben contar con el consentimiento de los padres o representantes legales, y cuando por cualquier causa se les niegue el asentimiento o sea imposible obtenerlo, la adolescente podrá presentarse con los antecedentes producidos por el equipo médico actuante ante el Juez competente (procedimiento verbal y gratuito), quien deberá resolver en un plazo máximo de 3 días respecto a si el consentimiento ha sido expresado en forma espontánea. En el caso de una mujer declarada incapaz, se requerirá el consentimiento informado de su curador y venia judicial del juez competente.¹⁰⁴⁸

Afirmaré ahora que la despenalización del aborto que nos ocupa coloca a Uruguay como el único país latinoamericano que acoge el modelo del plazo con asesoramiento.

La Ley de plazos uruguaya reconoce los derechos sexuales y reproductivos de su población en el momento que le concede a la mujer la decisión libre sobre el aborto durante el plazo inicial de impunidad, durante el cual puede ejercer sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la libertad, a la intimidad, etc., advirtiendo además el respeto de su dignidad como persona.

Para garantizar el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos, y sobre todo el derecho a la procreación consciente y responsable, evitando embarazos no

¹⁰⁴⁸

En este sentido los artículos 7 y 8 de la Ley uruguaya de interrupción del embarazo que nos ocupa.

deseados y abortos, y con ello la tutela preventiva de la vida humana anterior al nacimiento, Uruguay aprueba la Ley núm. 18.426, de 1º de diciembre de 2008, de defensa del derecho a la salud sexual y reproductiva, que dispone los deberes y objetivos del Estado y sus instituciones en la materia y un amplio catálogo de políticas públicas dispuestas para lograr dichos objetivos.

Ahora bien, el asesoramiento previo en el sentido dispuesto por la Ley de plazos uruguaya podría dificultar el verdadero respeto de los derechos fundamentales de la mujer embarazada durante dicha asesoría, y por ende, la defensa de la voluntad libre y autónoma de la mujer para decidir sobre su maternidad, en tanto opta por la entrevista personal para ofrecer el asesoramiento, y contempla la obligación de la mujer a poner en conocimiento de los profesionales del comité interdisciplinario las circunstancias que la llevan a optar por la interrupción del embarazo, independientemente de que esta Ley disponga expresamente que la asesoría debe estar exenta de presiones de terceros, sea para continuar o interrumpir el embarazo, debiendo el equipo interdisciplinar abstenerse de asumir la función de denegar o autorizar la interrupción del embarazo.

Del mismo modo, Uruguay logra establecer un modelo capaz de proteger de manera efectiva la vida prenatal durante todo el embarazo, en un principio, mediante una salvaguardia preventiva a través de sus políticas públicas para prevenir embarazos no deseados y abortos; más tarde, mediante el asesoramiento previo en el que incluye información que podría ser capaz de hacer que la mujer se decida por la continuación del embarazo (ayudas sociales y económicas, proceso de adopción, etc.), máxime al disponer un plazo de reflexión de 5 días; y por último, optando por una protección más enérgica durante el resto del embarazo, cuando el producto de la concepción empieza a desarrollar facultades sensoriales y cognitivas, hasta adquirir viabilidad fetal y culminar con el nacimiento, disponiendo la prohibición del aborto excepto en ciertos casos excepcionales dispuestos en las indicaciones del art. 6, donde la legalidad del aborto se condiciona a exigencias especiales más severas.

3ª PARTE. CONCLUSIONES GENERALES Y RECOMENDACIONES

Durante el desarrollo de este trabajo se han ido realizando conclusiones parciales sobre las distintas cuestiones problemáticas que se iban analizando en torno a la regulación del aborto en el Derecho español y en el Derecho comparado. Por ello, en esta tercera parte de conclusiones generales y recomendaciones, delimitaré las conclusiones más significativas, haré algunas recomendaciones puntuales y en último lugar expondré mis conclusiones finales.

LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL ABORTO EN EL DERECHO ESPAÑOL

A. De la prohibición absoluta del aborto

1. El problema de la prohibición absoluta del aborto se centraba en torno a los abortos clandestinos realizados bajo condiciones higiénicas lamentables y por personas sin conocimientos médicos, lo que se convirtió en un problema social muy comprometido, debido al alto porcentaje de mortalidad y al elevado número de mujeres que sufrieron lesiones graves como la esterilidad según revelaban las imprecisas estadísticas de entonces propias del absoluto secretismo que se mantuvo al respecto por las propias autoridades estatales.

2. Si bien durante la vigencia del sistema de prohibición absoluta del aborto en España todos los casos de aborto provocado voluntariamente sin excepción alguna eran punibles, el aborto realizado para salvar la vida de la madre se consideró amparado por la eximente de estado de necesidad del art. 8, inciso 7º.

3. Planteado el problema de la prohibición absoluta del aborto desde la perspectiva político-criminal, se toma conciencia sobre la necesidad urgente de despenalizar el aborto voluntario en España, para superar las horribles consecuencias sociales propias de la prohibición implacable y de la clandestinidad del aborto, surgiendo un importante debate en torno a la despenalización del aborto, del cual surgen consideraciones doctrinales importantes que pensaban al *nasciturus* como titular del derecho a la vida o bien jurídico constitucional y que analizaban el conflicto entre bienes jurídicos propio de la prohibición absoluta del aborto:

➤La teoría absolutista del “derecho a la vida” ideada por los partidarios de atribuir al *nasciturus* el derecho a la vida del art. 15 de la CE, resulta insostenible desde todos los puntos de vista, teniendo en cuenta la constante diferenciación valorativa entre la vida humana independiente y la vida humana dependiente que había predominado siempre en el Derecho y en la historia de las ideas religiosas, pues a la vida humana en formación siempre se le había otorgado un valor menor, de manera que el titular de la vida no independizada no podía considerarse incluido entre los destinatarios del derecho a la vida del art. 15 de la CE o incluido en el término “todos” de dicho precepto, el cual, sólo podía referirse a la vida de las personas o los nacidos. Verdaderamente, lo más peligroso fue, que los defensores de esta tesis la fundamentasen sencillamente en la inclusión del *nasciturus* en el término “todos” del art. 15, a pesar de que calzara en muchos puntos la diferencia de valor entre ambas vidas, una pretensión frívola, promovida por la avidez de fundamentar de alguna manera, la igualdad de valor entre ambas vidas para poder apoyar la prohibición absoluta del aborto, sin importar la anulación del valor de la costumbre y del Derecho, pero sobre todo, la dura realidad de la prohibición absoluta del aborto en España.

➤Durante este debate y antes de que así lo reconociera la STC 53/1985, doctrinalmente ya se dieron razones suficientes para entender que la vida humana en formación es un bien jurídico constitucional (que merece protección jurídica de carácter constitucional): se consideró que el *nasciturus* es merecedor de la protección derivada de la salvaguardia reconocida constitucionalmente a la madre como titular del derecho a la vida del art. 15, o de los derechos fundamentales a la integridad corporal (art. 15), a la salud (art. 43) y a la libertad personal (art. 17); asimismo, en virtud del principio de dignidad de las personas (desde un punto de vista social, partiendo del hecho que la sociedad reconoce en la vida prenatal a un futuro miembro de la comunidad, con mayor fuerza conforme avanza el embarazo y el vientre de la madre crece en concordancia con la viabilidad fetal), se razonó que el *nasciturus* goza de una tutela constitucional independiente y autónoma de la recibida por derivación de los derechos fundamentales e intereses de los que era titular la propia madre; en efecto, se razona que los límites de la protección jurídica de la que era merecedora la vida humana en formación, se hallaban ahí donde la misma entraba en conflicto con otros bienes jurídicos igualmente protegidos (cuya titular era la mujer embarazada).

➤La prohibición absoluta del aborto genera graves conflictos entre la vida humana en formación y otros bienes jurídicos de los que la mujer es titular que constituyen

auténticos derechos fundamentales (el derecho a la vida del art. 15, el derecho a la salud del art. 43.1, el derecho a la libertad personal del art. 17.1 y el derecho a la intimidad del art. 18.1), o bien, principios fundamentales de la Constitución (la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás del art. 10.1), bien porque el embarazo supone un peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada, o porque la mujer no desea continuar con la gestación por razones de otra naturaleza, mientras la prohibición absoluta del aborto le niega la libertad de disponer su propio proyecto de vida (de decidir sobre su reproducción y sobre la maternidad), condicionando el libre desarrollo de su personalidad, lo que demandaba que el conflicto debiera resolverse mediante fórmulas de avenencia que respetasen el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de la mujer, al menos en algún momento del conflicto o de la duración del embarazo, sin permitir nunca el sacrificio absoluto de los mismos, de modo que la vida humana en formación gozase de mayor protección conforme avanzara el proceso de gestación, tutelándose de la manera más amplia y eficaz posible todos los bienes en conflicto, determinándose con exactitud en qué orden y en qué supuestos se otorga prevalencia a uno u otro bien jurídico en conflicto.

B.De la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo mediante el modelo de indicaciones de la Ley Orgánica 9/1985

4.La ardua polémica política y social que se mantuvo en torno al proceso de despenalización del aborto en España mediante el modelo de las indicaciones, sin lugar a dudas repercutió en la decisión del Gobierno de no incluir en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal la indicación socio-económica, provocando más tarde la interposición del recurso previo de inconstitucionalidad núm. 800/1983 contra dicho Proyecto de Ley, haciendo aún más difícil y largo el camino hacia la despenalización parcial del aborto de 1985.

5.El recurso previo de inconstitucionalidad núm. 800/1983 resulta inaceptable por distintas razones que se centran en el hecho que los recurrentes fundamentan la inconstitucionalidad del proyectado art. 417 bis del CP, sencillamente en la inclusión del *nasciturus* en el término “todos” del art. 15 de la CE, partiendo de una equiparación absoluta del feto con la persona nacida, que no tiene fundamento alguno en la CE, y, a mayor profusión, tampoco en la costumbre ni en el Derecho precursor o vigente al momento de esta acción de inconstitucionalidad, desatendiendo de manera absoluta los derechos e intereses de la mujer embarazada, que dadas las obligaciones que atañe la maternidad, se hallan gravemente comprometidos ante un embarazo no deseado, lo que

convierte a esta petición en una pretensión frívola, promovida por la ambición de fundamentar de algún modo el apoyo de la prohibición absoluta del aborto, llegando al punto de valerse inclusive del desprecio de la dura realidad social de la prohibición absoluta del aborto en España.

6.La STC 53/1985 declara la disconformidad con la CE del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, no en razón de las indicaciones dispuestas por el Proyecto de Ley, las cuales considera conformes con la CE en el FJ 11, sino más bien por entender que su regulación no cumple con las exigencias constitucionales emanadas del art. 15 de la CE; así, esta Sentencia afirma la constitucionalidad de los supuestos de impunidad allí recogidos, pero condicionada a la introducción de algunos requisitos formales, precisados por el propio TC en el FJ 12 de esta misma Sentencia, que a su juicio funcionan como instrumentos de control y delimitación de los casos de aborto permitidos por cada indicación.

7.Si bien el TC intentó evitar entrar en la discusión doctrinal sobre la interpretación del término “todos” utilizada por el art. 15 de la CE, no pudo dejar de pronunciarse sobre el alcance de la protección constitucional del *nasciturus*, declarando que el *nasciturus* no es titular del derecho fundamental a la vida pero en cuanto encarna el valor fundamental de la vida humana garantizado en el art. 15 de la CE, constituye un bien jurídico constitucional cuya protección encuentra en dicho precepto su fundamento constitucional; una consideración impropia en tanto un bien jurídico constitucional que no se halle configurado como derecho no lo es, y en consecuencia, no cabe aplicarle el régimen jurídico que le correspondería si lo fuera.

8.Una de las consideraciones más criticada de la STC 53/1985 es aquella donde el TC dispone que el legislador puede adoptar cualquier solución dentro del marco constitucional para obtener la constitucionalidad del Proyecto, pues no es misión suya sustituir la acción del legislador, pero sí lo es, de acuerdo con el art. 79.4.b de la LOTC, indicar las modificaciones que a su juicio, -y sin excluir otras posibles- permitieran la prosecución de la tramitación del Proyecto por el órgano competente; lo anterior en tanto es innegablemente (según la Sentencia “como es obvio”) que el legislador puede adoptar cualquier solución dentro del marco constitucional para obtener la constitucionalidad del Proyecto, pues legítimamente una de sus funciones principales es disponer las leyes de manera que las mismas sean constitucionales, bien desde el principio o bien a partir de una Sentencia que resuelva un recurso de inconstitucionalidad que así lo requiera;

mientras tanto lo que realmente hace este TC es definir las exigencias que debería incluir el art. 417 bis del CP para superar el juicio de constitucionalidad, como si de un legislador positivo se tratara, cuando lo que debía haber hecho es limitarse a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del Proyecto indicándole al legislador en qué enunciaciones se confrontaba el Proyecto a la CE, sin excederse en el ejercicio de sus funciones como efectivamente lo hizo. Además, resulta paradójico que la STC 53/1985 diga que el art. 79.4.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional le confiere a este Tribunal la misión de indicar las modificaciones que a su juicio, -y sin excluir otras posibles- permitieran la prosecución de la tramitación del Proyecto por el órgano competente, cuando este precepto tan sólo señala que en caso de declararse la inconstitucionalidad del texto impugnado, el TC debe concretar dicha inconstitucionalidad y los preceptos constitucionales infringidos, sin autorizar en ningún caso al TC para auxiliar al legislador en las funciones que le son propias.

9. Con la entrada en vigor del sistema de indicaciones del art. 417 bis del CP el escenario social y jurisprudencial del aborto en España cambió considerablemente, quedaban atrás las dramáticas consecuencias sociales de la prohibición absoluta del aborto, para dar paso a situaciones, que aunque parecidas por el sentido restringido del nuevo modelo y el complejo catálogo de requisitos formales de las indicaciones, en algo mejoraban el panorama de las mujeres españolas.

10. La falta de inclusión del supuesto de impunidad socioeconómico en el modelo español de las indicaciones más tarde se mitigaba con la amplia interpretación del supuesto de peligro para la salud de la mujer embarazada (indicación terapéutica), que realizaron las clínicas privadas amparándose en la definición de salud de la OMS, hasta el punto que la indicación terapéutica por riesgo para la salud psíquica de la madre en la práctica operaba como una auténtica indicación socioeconómica (“indicación socioeconómica encubierta”), lo que supuso que la realidad social del aborto en España cambiara sustancialmente, pues los abortos clandestinos casi desaparecieron y el número de abortos legales amparados en la indicación terapéutica y realizados en clínicas privadas no dejaba de crecer; así, en España existía una situación de *facto* donde todo el mundo abortaba en los términos de la indicación socioeconómica, o casi como si operara un sistema de plazos, mientras los jueces y demás agentes penales no perseguían los abortos, y el cumplimiento de la Ley de indicaciones era prácticamente nulo.

11.El sistema de indicaciones acogido finalmente por la LO 9/1985, supuso una solución político-criminal a las graves y dañinas consecuencias sociales de la prohibición absoluta del aborto, sin embargo, desde su acogimiento se tuvo claro que presentaba deficiencias importantes, pero aún así se apostó por él como el modelo más acorde con la realidad política, social y religiosa de la España de aquel momento.

12.Las deficiencias propias de cualquier sistema de indicaciones (el menoscabo de los derechos fundamentales de la mujer y la inseguridad jurídica para todos los intervinientes en el aborto) se agravaron en el caso español por el complejo catálogo de requisitos formales dispuesto por el art. 417 bis del CP y por la falta de regulación específica tanto del derecho a la objeción de conciencia (empeorado también por la amplia consideración realizada al respecto por la STC 53/1985) como de la validez del consentimiento para abortar de las menores de edad, lo que además dio lugar a la insuficiencia de este modelo para garantizar el acceso a la intervención abortiva en condiciones de igualdad en todo el territorio español, como una prestación sanitaria incluida en el sistema público de salud, lo que se tradujo en un mayor detrimento de los derechos de las mujeres del que ya suponía el sistema de indicaciones por sí mismo.

13.Si bien inicialmente la falta de regulación del consentimiento de las menores de edad en caso de aborto se enmendó pasaderamente con una interpretación doctrinal y jurisprudencial que reconoció validez al consentimiento para abortar de las menores de edad que presentaban madurez suficiente para comprender el alcance del aborto, más tarde, la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, supuso un retroceso comprometidísimo para los derechos de estas menores, al optar por la mayoría de edad (18 años) como determinante de la capacidad para consentir el aborto, requiriéndose el consentimiento expreso de los padres o representantes legales de las menores de edad.

14.La considerable reducción de las penas de los delitos de aborto en que media consentimiento de la mujer embarazada en el nuevo CP de 1995, y que el legislador haya optado por no castigar a la mujer embarazada que de forma imprudente causa su propio aborto o provoca lesiones al feto, resultaron novedades muy significativas para la lucha de las mujeres que defendían el respeto a su voluntad de decidir sobre la maternidad, pues era la primera vez que el legislador español valoraba de manera especial la voluntad de la mujer a la hora de determinar la gravedad de la pena.

15.La nueva regulación de los delitos sexuales en el CP de 1995 repercutió negativamente en la indicación ética del art. 417 bis del CP (concerniente al delito de violación del art. 429 del CP relativo a agresiones sexuales realizadas con violencia o intimidación, o en menor de 12 años o incapaz mental, situación de la que se valía el agresor), en tanto en el nuevo CP de 1995 no existe ningún precepto con el mismo contenido que el derogado art. 429, y peor aún, ni siquiera se le concede el mismo tratamiento jurídico-penal a todas las conductas que anteriormente formaron el delito de violación, quedando todas ellas dispersas en diferentes preceptos con gravedad distinta; en consecuencia, si la indicación ética ya se había criticado por no contemplar otras agresiones incestuosas o estuproas al tenor del derogado CP, a partir de la regulación de los delitos sexuales del CP de 1995 dicha limitación resultaba todavía más inexplicable e inaceptable.

16.La experiencia práctica en España demuestra la insuficiencia del sistema de indicaciones español para garantizar adecuadamente los derechos fundamentales de las mujeres embarazadas y la tutela efectiva de la vida del *nasciturus* y la necesidad de una nueva reforma legal que supere aquellas deficiencias, iniciándose así un interesante debate sobre la constitucionalidad de los modelos alternativos (sistema de indicaciones en sentido amplio, el sistema de indicaciones con decisión última de la mujer, sistema puro del plazo, sistema del plazo con asesoramiento) al sistema de las indicaciones, que giraba en torno a la STC 53/1985, como único pronunciamiento del TC español sobre la despenalización del aborto.

17.El sistema de indicaciones en sentido amplio (“cuarto supuesto”) con seguridad resultaría acorde con la STC 53/1985 pues en la misma el juicio de inconstitucionalidad se basó en la falta de garantías relativas a la comprobación de la existencia de los supuestos de impunidad y no en los supuestos en sí mismos, cuya constitucionalidad se reconoce expresamente; no obstante, el sistema de indicaciones, aún en sentido amplio, por su propia naturaleza (regla-excepción) lleva implícita la deficiencia de la inseguridad jurídica para todos los intervinientes en el aborto y el dominante menoscabo de los intereses y derechos fundamentales de la mujer embarazada, sin olvidar que la indicación socioeconómica es la que mayores sacrificios supone para la dignidad e intimidad de la mujer embarazada por entrarse a valorar, más allá de la imparcialidad, las circunstancias sociales, económicas, laborales, sentimentales y familiares de la mujer.

18.El sistema de indicaciones con decisión última de la mujer embarazada resulta contrario a la doctrina sentada por la STC 53/1985 (la tutela constitucional de la vida humana en formación desde el momento de la gestación y durante todas sus etapas de desarrollo sin distinción alguna), en tanto se concede a la mujer embarazada la decisión libre sobre el aborto durante un periodo determinado del embarazo, encubierta mediante un catálogo de indicaciones que no tienen validez alguna puesto que la legalidad del aborto depende tan sólo del consentimiento libre de la mujer embarazada, como sucede en el sistema puro del plazo, lo que conjetura la renuncia absoluta a la protección de la vida prenatal durante el plazo inicial de impunidad; una estrategia que seguramente esté dirigida a evitar los siempre temibles reproches de inconstitucionalidad.

19.El sistema puro del plazo no superaría un control de constitucionalidad ante el TC español, teniendo en cuenta la doctrina sentada por la STC 53/1985 sobre el sentido y alcance de la protección de la vida humana en formación y el deber positivo de organizar un sistema legal que tutele de manera efectiva la vida prenatal sin distinción alguna durante todas sus etapas de desarrollo, pues el sistema puro del plazo no ofrece tutela alguna para la vida prenatal durante el periodo inicial de impunidad, dejándola a expensas de la voluntad libre de la mujer embarazada, ofreciendo así una impunidad absoluta e incondicional del aborto y la concesión de preponderancia total a la libertad de la mujer sobre la vida humana en formación durante dicho periodo de impunidad.

20.El sistema del plazo con asesoramiento no contraviene la doctrina de la STC 53/1985 en tanto no renuncia a la protección general de la vida prenatal durante el plazo inicial de impunidad (como sucede en el sistema puro del plazo), sino que durante este periodo ofrece una protección preventiva (de carácter no penal) de la vida del *nasciturus*, justamente a través del asesoramiento y sin recurrir a la tradicional sanción penal, pues el asesoramiento previo está ideado para ofrecer a la mujer información capaz de abrirla perspectivas de una vida futura con el niño, que podría hacerla decidirse por continuar con su embarazo. Así, este modelo consigue una ponderación adecuada de los bienes jurídicos en conflicto, afín con la Sentencia española, pues logra tutelar la vida humana en formación durante todas sus etapas de desarrollo, aún cuando cambia la configuración de la tutela del *nasciturus* durante el periodo inicial de impunidad, mientras ofrece una correcta protección de los derechos fundamentales de la mujer y de su dignidad como persona, al otorgarle la decisión libre y autónoma sobre el aborto. Ahora bien, para que el asesoramiento previo cumpla la función de tutela efectiva del *nasciturus* como alternativa a la sanción penal, es imprescindible que las políticas públicas acordadas para facilitar la

maternidad, sean capaces de proveer las necesidades inherentes a la maternidad, pues de lo contrario, el propósito y la función del asesoramiento quedarían en papel mojado.

21.Después de examinar constitucionalidad de los modelos alternativos para llevar a cabo una reforma del sistema de indicaciones español y sobre todo su aptitud para superar las deficiencias del modelo de indicaciones del art. 417 bis del CP, resultaba claro que el sistema del plazo con asesoramiento representaba la mejor alternativa para España a la hora de organizar dicha reforma.

C.De la despenalización del aborto voluntario mediante el sistema del plazo con asesoramiento de la Ley Orgánica 2/2010

22.La mayor novedad de la nueva regulación del aborto punible, a partir de la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, es la creación del nuevo delito de incumplimiento de los requisitos procedimentales de un aborto no punible, regulado en el art. 145 bis del CP, que demuestra claramente que la falta de cumplimiento de alguna de las exigencias en él descritas (asesoramiento previo, plazo de espera y práctica del aborto en centro o establecimiento sanitario público o privado acreditado al efecto) no convierte en ilegal la interrupción voluntaria del embarazo, sino que por el contrario da lugar a este delito que se castiga con una pena más leve que la del aborto cometido por un tercero con consentimiento de la mujer embarazada; de este modo se puede concluir que el legislador no ha dispuesto dichos requisitos procedimentales para determinar la legalidad del aborto, sino más bien para reforzar la efectividad del régimen despenalizador ofrecido por la nueva Ley de plazos, como sistema integral de tutela efectiva de la vida del *nasciturus*, y de respeto de los derechos de las mujeres embarazadas.

23.El debate sobre la constitucionalidad de la LO 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo se centra en interpretar hasta qué punto la protección de la vida prenatal ofrecida por dicha Ley, es constitucionalmente suficiente (compatible o no con las líneas jurisprudenciales marcadas por el TC español), o mejor dicho, hasta que punto el modelo del plazo con asesoramiento combinado con indicaciones dispuesto por la LO 2/2010 deja la vida prenatal por debajo del umbral del deber positivo de protección de esta vida, dispuesto por el FJ 7 de la STC 53/1985, formando parte importante del mismo el recurso de inconstitucionalidad número 4523-2010, presentado el 1 de junio de 2010 por el Grupo Parlamentario Popular (PP) contra ciertos preceptos de dicha Ley.

24. La LO 2/2010 originalmente supera todas las deficiencias del anterior modelo de las indicaciones, al crear un modelo de despenalización del aborto capaz de brindar una protección efectiva de la vida del *nasciturus* durante toda la duración del embarazo, entretanto respeta el contenido esencial de todos los derechos fundamentales de las mujeres embarazadas en torno al aborto, incluso de las menores de edad de 16 y 17 años, brindando absoluta seguridad jurídica a todos los intervinientes en el aborto y garantizando el acceso a la prestación abortiva en condiciones de igualdad como una prestación sanitaria incluida en el sistema público de salud, sin obstaculizar el ejercicio de este derecho al personal sanitario. No obstante, a partir de la LO 11/2015, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, la LO 2/2010 desanda en el camino de la superación de las deficiencias del sistema de indicaciones (suprimiendo la validez del consentimiento para abortar de las menores de edad de 16 y 17 años), de manera que desde entonces no se puede considerar superada la deficiencia de falta de regulación del consentimiento de las menores de edad para abortar, o mejor dicho, la insuficiencia de la falta de validez del consentimiento de las menores de edad con capacidad suficiente para decidir sobre su propio aborto.

Concluamos ahora algunas particularidades significativas:

➤ Mediante el otorgamiento de la decisión libre y autónoma sobre la interrupción del embarazo a la mujer embarazada durante el plazo inicial de impunidad de las primeras 14 semanas de gestación, la LO 2/2010 logra el respeto de todos los derechos fundamentales de la mujer en torno al aborto (el derecho de autonomía procreativa de la mujer, derivado de sus derechos fundamentales a la libertad y a la intimidad, respetando también su dignidad como persona y el libre desarrollo de su personalidad), alcanzándose conjuntamente), y con ello, la superación de la deficiencia que al respecto presentaba el sistema de indicaciones del art. 417 bis del CP; más aún, cuando el modelo de asesoramiento previo dispuesto por la Ley de plazos española, exige la objetividad de la asesoría (inciso 5 del art. 17) y opta por la entrega de la información en sobre cerrado (párrafo final del inciso 2 del art. 17), sin utilizar la entrevista personal, como medio de transmisión de la información a la mujer, para evitar asesores que puedan ejercer algún tipo de presión sobre ella irrespetando su libertad de decisión. De cualquier modo, desde la perspectiva constitucional, la imparcialidad que conquista la LO 2/2010 a efectos del asesoramiento previo, es la única ordenación conforme con las exigencias

constitucionales de la STC 53/1985 sobre la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto.

➤La LO 2/2010 supera la insuficiencia de la inseguridad jurídica para todos los intervinientes en el aborto que presentó el sistema de indicaciones español, en tanto le concede a la mujer embarazada la decisión libre y autónoma sobre la interrupción del embarazo durante el plazo inicial de impunidad, pues durante el mismo la mujer puede abortar de manera libre sin necesidad de ofrecer motivo alguno sobre su decisión, sin que exista posibilidad alguna de interpretaciones *contra legem* sobre el cumplimiento de requisitos legales o la concurrencia de circunstancias que determinen excepcionalmente la legalidad del aborto, gracias a la flexibilidad de la legalización del aborto durante el plazo de impunidad; del mismo modo la LO 2/2010 restablece el principio de legalidad, en el cual encuentra apoyo constitucional.

➤La breve regulación del derecho a la objeción de conciencia dispuesta por los artículos 18 y 19 de la LO 2/2010, establece garantías suficientes para avalar el acceso efectivo a la prestación abortiva en condiciones de igualdad en todo el territorio español, como una prestación sanitaria incluida en el sistema público de salud, sin que en ningún caso esta regulación obstaculice el ejercicio de este derecho, el cual resulta garantizado directamente por la CE aunque nada dijera la Ley en virtud del FJ 14 de la STC 53/1985; de este modo la LO 2/2010 logra superar las deficiencias del sistema de indicaciones español concernientes a las dificultades territoriales y económicas para acceder al aborto legal como una prestación incluida en el sistema público de salud, y a la falta de regulación de la objeción de conciencia en un sentido más específico que el dispuesto por la STC 53/1985.

➤El texto inicial de la LO 2/2010 (en vigor desde el 5 de julio de 2010 hasta el 23 de septiembre de 2015) logró superar la deficiencia de la falta de regulación del consentimiento de las menores de edad para abortar, o más bien, de la falta de validez del consentimiento de las menores de edad con capacidad suficiente para decidir sobre su propio aborto, al haber elegido conceder plena validez al consentimiento de las menores de edad de 16 y 17 años para abortar (inciso cuarto del art. 13); no obstante, la LO 11/2015 suprime dicha eficacia retrocediéndose en la superación de esta deficiencia.

25. En términos generales y desde la perspectiva constitucional, la LO 2/2010 ofrece una protección suficiente de la vida prenatal durante toda la duración del embarazo, en tanto todos los mecanismos de protección penal y no penal de la vida del *nasciturus*

acordados por esta Ley, resultan capaces de cumplir con el deber positivo de tutela efectiva de la vida dispuesto por el FJ 7 de la STC 53/1985.

Ultimemos ciertas circunstancias importantes:

➤ No son pocas ni banales las políticas públicas dispuestas por la LO 2/2010 para evitar embarazos no deseados y abortos, resultando sumamente positiva la creación del Plan de Estrategia de Salud Sexual y Reproductiva para fiscalizar el desarrollo y los resultados de estas medidas.

➤ El asesoramiento previo en el sentido dispuesto por la LO 2/2010 es una verdadera garantía de la efectiva protección de la vida del *nasciturus*, dado el ofrecimiento de información que podría ser capaz de lograr que la mujer embarazada se decida por continuar con el embarazo, la vigilancia de la comprensión del contenido informativo, la imposición del plazo de reflexión y el trato respetuoso hacia la mujer, que sin lugar a dudas resulta más ventajoso para proteger la vida prenatal.

➤ El plazo de impunidad de 14 semanas no es excesivo ni contrario al FJ 5 de la STC 53/1985 (relativo a la relevancia de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital), al ser inferior al primer cambio cualitativo que señala la Sentencia (la viabilidad fetal a las 22 semanas de gestación), entretanto, durante el mismo existe mayor riesgo de aborto espontáneo.

➤ El conjunto de exigencias especiales para la legalidad del aborto más allá del plazo inicial de impunidad (art. 15 de la LO 2/2010) ostentan una severidad suficiente para proteger de manera efectiva al *nasciturus*, incluso cuando la ausencia del plazo de 22 semanas en la indicación embriopática relativa a anomalías fetales incompatibles con la vida o enfermedades extremadamente graves e incurables detectadas de forma tardía, sospeche una infraprotección del bien jurídico vida prenatal.

➤ El recurso al Derecho penal como *“ultima ratio”* es un elemento eficaz de protección del *nasciturus* que de ningún modo puede resultar cuestionado, pues no sólo se muestra conforme al deber constitucional del Estado de protección de la vida prenatal (FJ 7 de la STC 53/1985), sino que viene impuesto por el principio constitucional de prohibición de exceso.

26. De ninguna de las consideraciones jurisprudenciales de la STC 53/1985 se puede deducir que el sistema del plazo con asesoramiento de la LO 2/2010 sea inconstitucional, ni mucho menos que el sistema de las indicaciones sea el único modelo posible para resolver el conflicto de bienes jurídicos producido en torno al aborto, estando el legislador obligado a recurrir en todo momento a la protección penal de la vida prenatal. Al contrario, lo único que dijo la STC 53/1985 es que el Estado debe establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida incluya también como última garantía las normas penales (FJ 7), limitándose a declarar la inconstitucionalidad del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, por la falta de garantías relativas a la comprobación de la existencia de los supuestos de hecho, y no por los supuestos en sí mismos, cuya constitucionalidad reconoce expresamente. Mientras tanto, el FJ 9 de la STC 53/1985 faculta al legislador a renunciar a la sanción penal en función de una ponderación de bienes o del principio de no exigibilidad de una conducta que pudiera resultar una carga insostenible, como es el caso de un embarazo no deseado, sin manifestar que dicha ponderación deba efectuarse mediante el sistema de las indicaciones, pues simplemente declara que la vida prenatal no tiene carácter absoluto, de modo que se debe respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales de la mujer, permitiendo su ejercicio al menos en algún momento del embarazo, dejando abierta la posibilidad de regular el aborto mediante otros sistemas despenalizadores diferentes al sistema de indicaciones, siempre y cuando se cumpla con estas consideraciones jurisprudenciales. Igualmente, la constitucionalidad de esta Ley deriva de la respetuosa ponderación de los distintos bienes jurídicos en conflicto que realiza, acorde con el concepto progresivo de vida dispuesto por las SSTs 53/1985, 212/1996 y 116/1999, al respetar la viabilidad fetal especialmente valorada por la Sentencia al permitir el ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer embarazada durante un periodo de tiempo suficiente dispuesto al inicio de la gestación (14 primeras semanas), mientras tanto existen mayores probabilidades de aborto espontáneo, prohibiendo el aborto a partir de la semana 15 de gestación, salvo en los casos extremos (por causas médicas) predeterminados en el art. 15 de la Ley.

D. Del Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada

27. El Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido no pretendía reformar la LO 2/2010 como se había anunciado en un principio, sino que preveía su derogación íntegra, admitiendo un sistema de prohibición del aborto más

restrictivo que el sistema de las indicaciones de la LO 9/1985, en tanto no contemplaba la indicación eugenésica como supuesto específico para abortar, mientras matizaba de manera especialmente restringida la indicación terapéutica y ética, eliminando el reconocimiento de la decisión autónoma e informada de la mujer embarazada sobre la interrupción del embarazo durante las primeras 14 semanas de gestación y prescindiendo del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos.

28. Este Anteproyecto provocó un fuerte revuelo político y social, hasta el punto que a nivel interno del PP no consiguió una aceptación suficiente para lograr sacarlo adelante, lo que acabó con su retirada, sin embargo, el apoyo que consiguió, sobre todo del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo Fiscal y del Comité de Bioética de España, evidencia la situación de precariedad del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en el Estado español y el riesgo latente de un retroceso legislativo que ciertamente pareciera más propio de un país latinoamericano.

29. Sin lugar a dudas, la previsión de la indicación terapéutica de abortar legalmente después de las 22 semanas de gestación, cuando no se hubiese detectado con anterioridad la anomalía fetal incompatible con la vida y existiese riesgo vital para la mujer imposible de evitar a través del parto pretérmino, procuraba aminorar la crueldad de la eliminación de la indicación eugenésica, aunque sólo lo hacía considerando los casos más extremos.

30. Resultaba inaceptable el complejo asesoramiento previo dispuesto por este Anteproyecto, en tanto menospreciaba la situación grave de conflicto que atravesaba la mujer (el grave peligro para la vida o la salud o la doble angustia que a ella le supone ser víctima de una agresión sexual y resultar embarazada), que por sí misma es suficiente para justificar la legalidad del aborto, y porque carecía de toda objetividad al estar dirigido a convencer a la mujer sobre la continuación del embarazo, conjeturando reiteradamente el desprecio por la situación de conflicto de la mujer; con todo, esta asesoría admitía el sacrificio absoluto de la intimidad y de la dignidad de la mujer.

31. La supresión de la validez del consentimiento para abortar de las menores de edad de 16 y 17 años dispuesto por este Anteproyecto, exigiendo la aprobación del aborto tanto por la madre como del padre de la menor, disponiendo un nuevo proceso especial civil de tramitación urgente y preferente para conocer aquellos casos en que concurrían serios motivos que impedían o desaconsejaban que se consultase a los padres o representantes legales de la menor, o cuando interpelados negasen su consentimiento, lo

que dificultaba aún más el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo para las menores de edad o mayores sometidas a curatela, que se veían

32. Este Anteproyecto forzaba a las menores de edad con serios problemas de convivencia familiar a acudir ante los Tribunales para conseguir la autorización de sus representantes legales o del juez para abortar, un obstáculo peligroso, teniendo en cuenta la saturación de trabajo de los tribunales de justicia, que podría hacer imposible el acceso al aborto legal dentro del plazo determinado al efecto en los casos aquí contemplados.

33. La impunidad de la mujer embarazada que consiente su aborto ilegal o se lo causaba a sí misma acordada por este Anteproyecto (por entender que la mujer que se enfrentaba a un grave conflicto personal donde la imposición de una sanción penal era excesiva e injustificada), es manejada como una estrategia para justificar la aprobación de un modelo de despenalización del aborto más restrictivo que el limitado sistema de las indicaciones de 1985; una cuestión que crea serias dudas sobre el cumplimiento efectivo del deber positivo de protección del *nasciturus* al suponer una desprotección incondicional de la vida prenatal en dichos casos.

34. Indiscutiblemente, una regulación del aborto en el sentido de este Anteproyecto de Ley no sería capaz de proteger efectivamente la vida prenatal, y por ende, de evitar abortos más allá de la legalidad por ella dispuesta; igualmente, una ley en este sentido resultaría claramente contraria a la doctrina de la STC 53/1985 relativa a la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto en torno a un embarazo no deseado, según la cual el legislador no puede ignorar de manera absoluta ninguno de los bienes jurídicos en conflicto, es decir, ni puede atender de manera predominante la tutela de la vida prenatal, ni puede despreciar los derechos fundamentales y los intereses de las mujeres embarazadas.

E. Del consentimiento de las menores de edad para la interrupción voluntaria del embarazo a partir de la Ley Orgánica 11/2015 para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción del embarazo

35. La Exposición de Motivos de la LO 11/2015 parece una extensión del recurso de inconstitucionalidad 4523-2010, al insistir en que “el reconocimiento de validez del consentimiento de las menores de 16 y 17 años que dispuso inicialmente la LO 2/2010, impide a los progenitores y tutores cumplir con la obligación recogida en el CC, privando a las menores de la protección de sus padres o representantes legales; lo cual

es lógico pues tanto el recurso como la Ley son creaciones del mismo partido político (PP).

36. Aunque parezca impropio de un país europeo, España retrocede por vez reiterada en el reconocimiento de validez al consentimiento de las menores de edad para abortar, la primera vez con ocasión de la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que optaba por la mayoría de edad como determinante de la capacidad para consentir el aborto, después de que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia habían considerado a la menor de edad capaz de dar un consentimiento válido para abortar en los casos en los que tuviese la capacidad o aptitud real para ello, y ahora, con la LO 11/2015, que elimina la eficacia del consentimiento para abortar de las menores de 16 y 17 años dispuesta inicialmente por el art. 13 inciso cuarto de la LO 2/2010.

37. Con la LO 11/2015, España deja atrás una disposición legal que de manera satisfactoria superaba los problemas prácticos de la falta de reconocimiento de la libertad personal, la intimidación, el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía de la voluntad de las menores de edad que, estando a las puertas de la mayoría de edad, eran capaces de comprender el alcance de la intervención abortiva, como también habían aceptado antes la doctrina y la jurisprudencia.

38. Tanto el motivo quinto del recurso de inconstitucionalidad 4523-2010, que pretende la inconstitucionalidad del reconocimiento de validez del consentimiento para abortar de las menores de edad de 16 y 17 años del inciso cuarto del art. 13 de la LO 2/2010, como la LO 11/2015, que acuerda la supresión de dicho reconocimiento, desatienden cuestiones jurídicas importantísimas: la creencia doctrinal y jurisprudencial en la validez del consentimiento de las menores de edad para abortar cuando cuenten con capacidad suficiente para comprender el alcance del aborto, dispuesta durante la vigencia del sistema de las indicaciones; la predisposición legislativa de reconocer madurez a los menores de edad en terrenos jurídicos directamente relacionados con la maternidad, tales como contraer matrimonio a los 16 años (emancipación) o a los 14 años (dispensa judicial), o consentir válidamente en asuntos sexuales a partir de los 13 años; o el deber de respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales dispuesto por el art. 53.1 de la CE.

39. Resulta recomendable que España recupere el reconocimiento de validez del consentimiento de las menores de edad de 16 y 17 años por el que optó inicialmente la

LO 2/2010, para garantizar así el respeto de los derechos fundamentales de estas mujeres, que estando a punto de la mayoría de edad, son capaces de entender el alcance de la interrupción voluntaria del aborto.

LA REGULACIÓN DEL ABORTO EN EL DERECHO COMPARADO

40.La regulación jurídica del aborto en el Derecho comparado es muy diversa, existiendo un abanico muy amplio de modelos reguladores que van desde la prohibición absoluta en países como Malta, Ciudad del Vaticano, Liechtenstein, Andorra, El Salvador, Nicaragua o República Dominicana, hasta legislaciones tan abiertas y progresistas como la holandesa, que mediante una ley de plazos permite el aborto a petición de la mujer dentro de las primeras 24 semanas de gestación.

41.La inmensa mayoría de los sistemas de despenalización del aborto vigentes en el Derecho comparado, o que han regido en algún momento, están fuertemente condicionados por los límites de constitucionalidad derivados de la protección de la vida humana por sus cartas fundamentales o su jurisprudencia constitucional, lo que ha impedido en muchos casos modelos más generosos, y que la obligación de tutelar la vida prenatal sea ejercida con mayor atención que la procurada a la autonomía de la mujer embarazada para decidir sobre su propio embarazo.

42.La importancia del estudio de la regulación jurídica del aborto en el Derecho comparado reside en que las experiencias despenalizadoras de otros países constituyen un referente importantísimo para los demás países a la hora de ocuparse de la despenalización del aborto.

F.De la regulación del aborto en Europa

43.Aunque resulte excepcional, en algunos países de Europa el aborto sigue estando absolutamente prohibido, es el caso de Ciudad del Vaticano, Andorra, Malta y Liechtenstein.

44.El modelo de las indicaciones es la elección minoritaria en Europa, no obstante, territorios tan importantes como Reino Unido o Finlandia aún acogen este sistema.

45.La tendencia generalizada en Europa son las leyes de plazos, una preferencia que han terminado adoptando la mayoría de los países europeos (tarde o temprano) en detrimento del sistema de las indicaciones; los 20 países de Europa que se rigen por este

sistema, garantizando a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción de la gestación, son: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Portugal, República Checa, Rumanía, Suecia y España.

F.1 La regulación del aborto en Alemania

46. Alemania ha sido uno de los países precursores de la Europa Occidental en advertir los derechos constitucionales de las mujeres en torno a la interrupción voluntaria del embarazo, pues legalizaba el aborto por primera vez en la República Democrática Alemana en 1972, mediante un sistema de plazos, a petición de la mujer y hasta las 12 semanas de embarazo, haciendo lo mismo en 1974 en la República Federal alemana, una Ley que si bien nunca entró en vigor, declarándose inconstitucional por la Sentencia BVerfGE 39, 1, de 25 de febrero de 1975, finalmente se convertía en una ley de indicaciones en sentido amplio; y más tarde, en 1992 (reunificación alemana), en una nueva ley de plazos única para toda Alemania, que aunque en un principio se declaraba inconstitucional (Sentencia BVerfGE 88, 203, de 28 de mayo de 1993), termina saliendo adelante mediante un innovador modelo del plazo con asesoramiento, que plasmaba las condiciones exigidas por el TC alemán; de ahí que se considere que la actual regulación del aborto en Alemania es fruto de varias reformas legislativas sobre las que el TC alemán ha ejercido una influencia determinante.

47. El legislador alemán se ha mostrado siempre generoso a la hora de regular el aborto, siendo el TC de este país el que continuamente ha venido acabando con su esplendor declarando la inconstitucionalidad de sus leyes.

48. La primera Sentencia alemana del aborto (BVerfGE 39, 1, de 25 de febrero de 1975) ha tenido una gran influencia sobre la Sentencia española sobre el aborto, STC 53/1985, bastando la simple lectura de ambas resoluciones para apreciar importantes similitudes (la vida humana en formación como bien jurídico autónomo protegido por la Constitución, la obligación del Estado de proteger la vida humana en formación durante toda la duración del embarazo, el Derecho penal como *“ultima ratio”* para proteger al *nasciturus*, la inexigibilidad de continuar con el embarazo en ciertas situaciones de conflicto entre la vida prenatal y los derechos de la mujer). En consecuencia, es válido pensar que la segunda Sentencia alemana (BVerfGE 88, 203, de 28 de mayo de 1993) tenga la misma repercusión en la resolución del recurso de inconstitucionalidad 4523/2010, de manera que al igual que en el caso alemán, el TC español podría

reconocer que el Estado está habilitado constitucionalmente para no sancionar penalmente a la mujer ni a los médicos cuando lleven a cabo la interrupción del embarazo dentro de un plazo determinado, entendiendo que está más que demostrado que la protección penal en contra de la voluntad de la mujer embarazada es absolutamente ineficaz, y que el asesoramiento obligatorio al que se somete a la mujer compensa la renuncia a la sanción penal y protege de manera efectiva al *nasciturus*, máxime cuando la LO 2/2010 mejora la experiencia alemana, orientando el asesoramiento previo al respeto de los derechos de la mujer embarazada, a la lucha contra los embarazos no deseados y la práctica de abortos, y a la continuación del embarazo a partir de la puesta en marcha de políticas públicas de educación sexual y reproductiva, acceso a técnicas de planificación familiar y métodos anticonceptivos efectivos y de apoyo a la maternidad, sobre las cuales ofrece amplia información a la embarazada durante la fase de asesoramiento, culminando con un plazo de espera dirigido a la meditación de la decisión por parte de la embarazada, garantizando así una decisión informada, responsable y bien meditada.

49.El TC alemán ha actuado siempre como si de un legislador positivo se tratara, sin ser competente para ello, determinando por sí mismo las circunstancias de impunidad del aborto: respecto a la BVerfGE 39, 1, de 25 de febrero de 1975, introduce la idea de la inexigibilidad de la obligación de mantener un embarazo en ciertas situaciones de conflicto entre la vida prenatal y los derechos de la mujer, estableciendo expresamente los casos de indicaciones en que el aborto estaría justificado; y en la BVerfGE 88, 203, de 28 de mayo de 1993, reconoce la función protectora para la vida del *nasciturus* del asesoramiento previo, y en consecuencia, exige crear condiciones marco que generen circunstancias favorables para que la mujer actúe a favor de la vida del que está por nacer, estableciendo claramente dichas condiciones. Todo ello, sin importarle no ser competente para legislar, puesto que la legitimidad democrática para dictar leyes corresponde al legislador por imperativo constitucional, cuando lo correcto hubiese sido limitarse a declarar la inconstitucionalidad de las leyes, indicándole al legislador las razones de la misma, pero dejándole a este la tarea de regularizar el aborto con base en la jurisprudencia constitucional.

50.El actual sistema del plazo con asesoramiento alemán ha sido el referente para España a la hora de formular el modelo despenalizador del aborto de la vigente LO 2/2010, no obstante, España cambia la duración del plazo inicial de impunidad (14 semanas en vez de 12); el alcance del asesoramiento previo, obviando la previsión

alemana de orientar el asesoramiento previo al empeño de animar a la mujer para continuar con el embarazo, optando en su lugar por garantizar la objetividad del mismo, utilizando la entrega de la información en sobre cerrado, prescindiendo de la entrevista personal, para evitar cualquier injerencia en la formación de la decisión libre de la mujer embarazada sobre el aborto; y las exigencias especiales en torno a la legalidad del aborto más allá del periodo de impunidad, pues mientras en Alemania se autoriza el aborto terapéutico sin sujeción a plazo alguno y el embriopático durante las primeras 12 semanas de embarazo, en España el aborto terapéutico y embriopático por riesgo de graves anomalías en el feto se limita a las 22 primeras semanas de gestación.

F.2 La regulación del aborto en el Reino Unido

51. En Gran Bretaña (Inglaterra, Gales y Escocia) el aborto voluntario está ampliamente permitido a pesar de estar regulado por un sistema de indicaciones (Abortion Act 1967), pues se permite abortar legalmente en cualquier momento para salvar la vida de la mujer o para evitar lesiones graves permanentes a la integridad física o salud mental de la misma, y si el embrión o feto probablemente pueda verse afectado por discapacidad física o mental importante; mientras tanto, se limita hasta las 24 semanas de gestación, el aborto necesario para evitar daños a la salud física o mental de la mujer. Ahora bien, no se contemplan los supuestos de incesto o violación, lo que resulta francamente inaceptable teniendo en cuenta la amplitud de los demás supuestos de impunidad. En cualquier caso, resulta antagónico que un territorio tan importante en Europa como Gran Bretaña se siga rigiendo por un sistema de indicaciones, que aunque extenso, no respeta los derechos de las mujeres en muchos casos que quedan fuera de sus supuestos de impunidad. Por ende, sería recomendable que Reino Unido opte por un sistema de plazos, poniéndose a la altura de la mayoría de las regulaciones del aborto en Europa.

52. Aunque resulte asombroso, la Abortion Act de 1967 no se aplica en Irlanda del Norte (a pesar de ser una Ley del Parlamento del Reino Unido), donde el aborto se prohíbe de manera absoluta, continuando vigentes la Ley de Delitos contra las personas de 1861 (Offences Against the Person Act 1861) y la Ley de justicia penal de 1945 e imponiéndose la pena más severa de toda Europa por abortar (cadena perpetua tanto para la mujer que se someta a un aborto ilegal como a cualquier persona que le preste ayuda); de ahí que Amnistía Internacional advierta que leyes tan restrictivas como las norirlandesas suponen una violación flagrante de las obligaciones internacionales de derechos humanos que incumben a Reino Unido, lo que hace necesario despenalizar el aborto en este país con carácter urgente, al menos en los casos más extremos que no

debieran admitir duda alguna. En consecuencia, debo recomendar una reforma urgente del aborto en Irlanda del Norte que despenalice la interrupción voluntaria del embarazo al menos en ciertos casos extremos que no admiten duda alguna, como el aborto terapéutico, embriopático, ético y socioeconómico en el sentido normalmente conocido, eliminándose la pena de cadena perpetua dispuesta tanto para la mujer que se someta a un aborto ilegal como a cualquier persona que le preste ayuda, cumpliéndose con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos adquiridas por este país al ratificar el Reino Unido convenios internacionales tales como la CEDAW.

53.La falta de acción política para despenalizar el aborto en Irlanda del Norte, ha originado una lucha por la reforma de la legislación del aborto de este país desde que formaciones proaborto como el movimiento abortista de Irlanda del Norte y la Asociación de Planificación Familiar de Irlanda del Norte, lo que seguramente también ha motivado que el aborto no punible en este país haya sido desarrollado jurisprudencialmente (cuando sea necesario para preservar la vida de la mujer o cuando exista riesgo real y grave para la salud física o mental de la madre, sea a largo plazo o de forma permanente), de modo que en los últimos años la jurisprudencia ha optado por la generosidad en la interpretación de las circunstancias que pueden afectar la salud de una mujer forzada a llevar su embarazo a término en contra de su voluntad.

F.3 La regulación del aborto en Irlanda

54.Resulta inaudito que la República de Irlanda, una de las naciones más desarrolladas del mundo en el índice de desarrollo humano de las Naciones Unidas, no haya aprobado su primera ley de despenalización del aborto hasta el año 2014, y más aún, que sólo lo haya legalizado cuando la vida de la madre corre peligro "real y sustancial", incluida la amenaza de suicidio. Pero peor todavía resulta, que el legislador irlandés no haya despenalizado el aborto hasta después del cruel caso de la muerte de Savita, a quien se le negó la práctica del aborto a pesar de su peligro de muerte y de tratarse de un feto inviable, hasta tanto el corazón del feto dejara de latir, un caso que tuvo una fuerte repercusión social en este país, a pesar de que en 2010 el TEDH en Sentencia de la Gran Sala de 16 de diciembre de 2010 (casos A, B y C contra Irlanda), reivindicara que un país europeo que afirma ser una democracia occidental liberal, necesariamente debe respetar los derechos humanos de las mujeres, condenando a Irlanda a pagar una indemnización a una mujer lituana a quien se le había negado el aborto terapéutico. En consecuencia, resulta recomendable que la República de Irlanda amplíe los supuestos de impunidad del aborto, o mejor aún, disponga un sistema de

plazos que respete el ejercicio efectivo de todos los derechos de las mujeres embarazadas en torno al aborto, poniéndose a la altura de las legislaciones sobre el aborto de los países europeos.

F.4 La regulación del aborto en Portugal

55.La regulación del aborto en Portugal ha sido asiduamente cambiante, habiendo logrado en 2007 despenalizar el aborto mediante el modelo del plazo, poniéndose a la altura de la gran mayoría de países europeos que mediante leyes de plazos reconocen los derechos sexuales y reproductivos de sus ciudadanos. Así, las portuguesas pueden decidir de manera autónoma si quieren o no tener hijos, quién desean como padre de sus hijos, en que momento de su vida desean ser madres, y cuántos hijos desean tener, cumpliendo con sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos.

F.5 La regulación del aborto en Italia

56.En Italia existe una clara influencia de la Corte Constitucional en la legalización del aborto, pues la actual Ley de indicaciones (Ley 194, de 22 de mayo de 1978) surge a raíz de la Sentencia 27/1975 de la Corte Constitucional de Italia, que declara la inconstitucionalidad parcial del art. 546 del CP italiano, en la medida en que no preveía la legalidad del aborto cuando la gestación implicaba un daño o peligro grave para la salud física o psíquica de la madre, que no podía evitarse de otro modo según los conocimientos y la experiencia médica, incluso en aquellos casos en que no se cumplían los presupuestos del estado de necesidad (“inevitabilidad” y peligro actual grave de daño a la persona).

57.La vigente Ley italiana de indicaciones con decisión última de la mujer constituye una norma única en el Derecho comparado, dada la forma como dispone las indicaciones en el tiempo, organizando los supuestos de impunidad y sus requisitos mediante la diferenciación entre la interrupción voluntaria del embarazo que puede realizar durante los primeros 90 días de gestación y la que puede practicar más allá de los 90 días de embarazo.

58.El sistema de indicaciones italiano se tercia hacia un modelo de plazos en lo concerniente a la interrupción del embarazo que puede practicarse durante los primeros 90 días, pues las condiciones de impunidad del aborto durante este periodo son amplísimas (serio peligro para la salud física y psíquica de la mujer, teniendo en cuenta no sólo su situación económica, social y familiar, sino también las circunstancias en que se

realizó la concepción, su estado de salud presente, además de autorizarse cuando se prevean anomalías o malformaciones del concebido), entretanto la decisión final sobre el aborto la tiene la mujer (a diferencia de lo que ocurre con el aborto más allá de los 90 días de gestación), quien si desea abortar únicamente debe presentarse en un consultorio familiar o ante su médico de confianza para el análisis de los motivos por los que alega querer abortar (intentar buscar una solución al aborto distinta a la interrupción del embarazo), haciéndole entrega de un certificado del estado de embarazo y la solicitud, pudiendo en 7 días (periodo de reflexión) abortar sin más, de manera que la confirmación de los supuestos de legalidad allí dispuestos es prácticamente imposible. En consecuencia, resulta recomendable que Italia reforme su legislación sobre el aborto, acogiendo un sistema del plazo donde la mujer pueda abortar libremente por la razón que considere conveniente dentro de un plazo de impunidad razonable, siguiendo la tendencia europea y ganando en seguridad jurídica para todos los intervinientes en el aborto.

G.De la regulación del aborto en Estados Unidos y Canadá

G.1 La regulación del aborto en Estados Unidos

59.La importancia de la Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Roe contra Wade, de 22 de enero de 1973, reside en que legaliza el aborto voluntario en todos los estados de Estados Unidos, pero sobre todo, en el hecho que reconoce a las mujeres un derecho constitucional al aborto en los estadios tempranos del embarazo (basado en la “privacy” que reconoce el derecho constitucional de las personas a tomar sus propias decisiones en materia procreativa), convirtiendo a Estados Unidos en el único país del mundo que reconoce expresamente el aborto como un derecho constitucional.

60.En Roe la Corte Suprema va más allá de declarar la inconstitucionalidad de la Ley de Tejas que prohibía el aborto de manera absoluta, disponiendo una auténtica ley federal sobre el aborto, minando su propia legitimidad y extralimitándose en el papel que le corresponde en el orden constitucional democrático, actuando como un verdadero legislador positivo al disponer claramente las limitaciones que se le pueden imponer a la mujer embarazada para abortar en cada uno de los trimestres del embarazo, cuando evidentemente lo correcto habría sido que la Corte Suprema hubiese declarado la inconstitucionalidad de la Ley de Tejas sobre el aborto, sin proceder a desarrollar y aplicar el esquema trimestral de BLACKMUN, incluso sentando las bases de la regulación del aborto, pero sin involucrarse directamente en el diseño de esa ordenación.

61. Positivamente, en *Roe* la Corte Suprema es tajante sobre el argumento de si el feto es una persona o no, disponiendo que si bien la Constitución estadounidense no ofrece un concepto de persona, cada vez que hace referencia a la misma, en diferentes partes del texto constitucional, alude a los ya nacidos, no existiendo razón alguna para poder llegar a considerar lo contrario, de modo que al feto no le corresponde la protección de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución estadounidense a efectos de derechos fundamentales, entre los que se encuentra el derecho a la vida; así, la Corte no tiene en cuenta el debate público sobre el aborto, que sin sentido alguno gira en torno a la discusión de si el feto es una persona o no.

62. La Sentencia *Roe* contra *Wade* (1973) no logró poner fin a la polémica que existía en torno al aborto en Estados Unidos, ni siquiera a nivel interno de la Corte Suprema, así que desde entonces otras sentencias posteriores fueron introduciendo modificaciones al derecho constitucional de la mujer a abortar creado en *Roe*, modificando poco a poco la jurisprudencia constitucional estadounidense, sin ofrecer un criterio constante sobre el aborto, evidenciando una tendencia jurisprudencial cada vez más restrictiva (restricción del financiamiento público del aborto, periodo de espera de 24 horas, cambio de planteamiento del derecho a abortar reconocido en *Roe* -de análisis trimestral a “cargas indebidas”-, creación del delito de “nacimiento parcial”). Incluso hoy, la discusión jurídica del aborto en Estados Unidos sigue siendo un tema que suscita polémica y sobre el cual se sigue pretendiendo la restricción del alcance de la Sentencia *Roe* contra *Wade*.

G.2 La regulación del aborto en Canadá

63. Canadá es uno de los pocos países del mundo que carece de una regulación legal del aborto (desde 1988), lo que no impide que el aborto sea legal a petición de la mujer, sin limitación legal alguna y en cualquier momento de la gestación.

64. El modelo canadiense de despenalización del aborto tiene su origen en la jurisprudencia constitucional, que si bien en un principio buscaba declarar la inconstitucionalidad de una Ley del aborto incapaz de garantizar el acceso a la prestación abortiva, progresivamente ha conformado uno de los sistemas más abiertos del mundo occidental, al ser el primer país que declara y considera que una ley contra el derecho a abortar de la mujer es innecesaria, resultando efectivo contemplar el aborto como un servicio de prevención en salud (una Ley Federal en salud que garantice el acceso

igualitario para todos los tratamientos médicos necesarios, incluida la interrupción voluntaria del embarazo), sin que ninguna ley civil o penal deba controlarlo.

65. En cualquier caso, sería conveniente que Canadá regule la legalidad del aborto en una ley que disponga fielmente las condiciones de la legitimidad del aborto, señalando expresamente que el aborto es una prestación sanitaria y sobre todo conformando políticas públicas para garantizar el efectivo acceso a esta prestación en condiciones de igualdad en todo el territorio canadiense.

H. De la regulación del aborto en Latinoamérica

66. En la mayoría de los países latinoamericanos el aborto está prohibido salvo en situaciones totalmente excepcionales reguladas mediante el modelo de las indicaciones. La región de Centroamérica y del Caribe concentra las regulaciones legales más restrictivas (incluso a nivel mundial), llegando incluso a instalar la prohibición absoluta del aborto en Nicaragua, República Dominicana y El Salvador. En Guatemala, Haití, Honduras, Paraguay y Venezuela la práctica legal del aborto sólo está permitida con el fin de preservar la vida de la mujer embarazada. Las regulaciones legales de Perú y Costa Rica mejoran ligeramente esta restricción, permitiendo también interrumpir el embarazo cuando la salud de la madre corra peligro. Contemplan también la legalidad del aborto ético Argentina, Bolivia y Ecuador. Suman el aborto eugenésico al referido listado de supuestos de impunidad Colombia, Panamá y Brasil (por disposición jurisprudencial). Entretanto, el supuesto de impunidad del aborto referente a razones socioeconómicas no está presente en ninguna de las regulaciones latinoamericanas del aborto. Positivamente, ciertos países de América Latina han evolucionado en materia de aborto hasta alcanzar legislaciones más permisivas amparadas en el sistema del plazo, donde las mujeres tienen la posibilidad de interrumpir su embarazo libremente dentro de un plazo inicial de impunidad, este es el caso de los territorios de Cuba, Uruguay, el D.F. mexicano y el Estado Libre Asociado de Puerto Rico.

H.1 La prohibición absoluta del aborto en Nicaragua

67. La supresión de la legalidad del aborto terapéutico en Nicaragua (vigente durante más de 100 años), con ocasión de la entrada en vigor del CP de 2007, menosprecia los derechos constitucionales a la vida y a la salud de las mujeres nicaragüenses, dejándolas completamente desprotegidas cuando el embarazo pone en riesgo su vida o su salud, lo que coloca a los profesionales de la medicina de este país en una difícil situación, en tanto si ejercen su profesión como marcan los códigos deontológicos estarían incurriendo en

delito; en cualquier caso, de nada sirvió el largo camino de discusión técnica-política de la regulación del aborto a efectos del CP de 2007, donde circularon importantes opiniones de expertos, prevaleciendo finalmente el enfoque tradicional y restrictivo generado por la influencia de la Iglesia católica y evangélica en interés de los partidos políticos que por entonces se disputaban el poder.

68.La violación sistemática del derecho a la salud y a la vida de las mujeres y niñas nicaragüenses, y sobre todo el sangrante caso de Amalia (una nicaragüense de 27 años, originaria de Peneloya, una comunidad muy humilde de la costa del Pacífico nicaragüense, que murió después que se le denegara el tratamiento de quimioterapia que precisaba para tratar un cáncer de pulmón, en tanto estaba embarazada de 7 semanas y dicho tratamiento ponía en peligro la vida del feto, sin poderse saber si habría superado el cáncer en caso de haber recibido el tratamiento necesario a tiempo), que se convirtió en el símbolo para la lucha del restablecimiento del aborto terapéutico en Nicaragua, consiguen que en 2015 se presente ante la Asamblea Legislativa de Nicaragua una iniciativa de Ley (con el respaldo de 6.164 firmas, 1.164 más que el mínimo requerido para que la ciudadanía pueda presentar una iniciativa de ley) denominada Anteproyecto de Ley Especial para la interrupción del embarazo por causas de salud, que pretende la legalidad del aborto terapéutico, embriopático y ético; no obstante, hasta ahora dicha iniciativa no ha sido aceptada ni enviada a ninguna comisión para su respectivo dictamen.

69.Resulta urgente que la Asamblea Legislativa de Nicaragua dé trámite al Anteproyecto de Ley Especial para la interrupción del embarazo por causas de salud, aprobando a la mayor brevedad posible una ley que proteja los derechos fundamentales de las niñas y mujeres nicaragüenses, al menos en los casos más extremos de conflicto que no deberían admitir duda alguna sobre su legalidad, evitando así más casos sangrientos de muertes como el de Amalia, que no hubiesen tenido lugar si la sociedad nicaragüense y sus mandatarios no se obcecaran con la hipócrita protección incondicional de la vida prenatal con base en ideas religiosas y morales que desprecian los derechos humanos de las mujeres.

H.2 La prohibición absoluta del aborto en República Dominicana

70.La despenalización del aborto mediante el modelo de las indicaciones dispuesta en República Dominicana con ocasión del nuevo CP de 2014 (salvar la vida de la madre y del feto, en caso de embarazo como resultado de un delito de violación o incesto, y cuando se evidencien malformaciones del feto incompatibles con la vida), no constituyó un

hecho aislado, sino más bien la respuesta despenalizadora del legislador dominicano ante el desalmado caso de Rosaura Almonte (“Esperancita”) en 2012, una adolescente de origen muy humilde, que murió con tan sólo 16 años después que se le denegara el tratamiento de quimioterapia que precisaba para tratar la leucemia, en tanto estaba embarazada de 7 semanas y dicho tratamiento ponía en peligro la vida del feto; así, resulta lamentable que el legislador tan sólo haya respondido amparando los derechos humanos de las mujeres de este país, a raíz de un caso sangrante que puso en evidencia el desprecio absoluto de los derechos fundamentales de las mujeres dominicanas en torno al aborto.

71. Resulta inaceptable que el TC dominicano haya declarado la inconstitucionalidad del CP de 2014, y por ende del sistema de indicaciones allí dispuesto (Sentencia TC/0599/15, de 17 de diciembre de 2015), por simples cuestiones de forma sin ni siquiera entrar a pronunciarse sobre su contenido; y más aún, que desde entonces República Dominicana no haya intentado aprobar nuevamente un CP que garantice la protección general de los derechos fundamentales de sus mujeres, y especialmente del derecho a la vida y a la salud, protegiéndolas de tratos crueles, inhumanos y degradantes, volviendo en su lugar a la regulación del aborto del CP de 1884, con el gravísimo retroceso que ello supone para derechos tan sustanciales que inclusive han sido reconocidos como derechos fundamentales por el Derecho internacional de obligado cumplimiento para la República Dominicana.

72. Es recomendable que el legislador y el Gobierno de República Dominicana promuevan de manera urgente al menos la promulgación de aquel CP, aprovechando los trámites que ya superó en su momento, en tanto este CP al menos avalaba la protección de los derechos fundamentales de sus mujeres en las situaciones más extremas de conflicto, donde su vida corría peligro, el embarazo resultaba de una violación o un delito de incesto, o existía probabilidad de malformaciones fetales incompatibles con la vida, de modo que se proteja cuanto antes a las mujeres dominicanas de los tratos más crueles y degradantes; no obstante, con ocasión de la promulgación de un nuevo CP, sería muy recomendable que el legislador dominicano ampliara los supuestos de impunidad incluyendo los casos de peligro grave para la salud física y psíquica de la mujer y otros supuestos eugenésicos que no necesariamente supongan la incompatibilidad con la vida, como los casos de enfermedades extremadamente graves e incurables o el simple riesgo de graves anomalías en el feto.

H.3 La prohibición absoluta del aborto en El Salvador

73. Si bien en este momento en El Salvador el aborto se rige por un modelo de prohibición absoluta, durante casi 24 años en este país operó un modelo de indicaciones que consideró legal el aborto culposo propio ocasionado por la mujer, el aborto terapéutico para salvar la vida de la mujer, el aborto ético cuando el embarazo era consecuencia de violación o estupro, y el aborto eugenésico por deformidad previsible grave en el producto de la concepción; por tanto, resulta inaceptable el desprecio absoluto de los derechos fundamentales de las mujeres de este país que comporta el retroceso legislativo del CP salvadoreño de 1997, que sin más aniquila un arraigado modelo de indicaciones, que aunque muy limitado, al menos daba opciones a muchas mujeres en los casos más conflictivos; pero todavía más inadmisibles resulta que esta reforma haya salido adelante por el apoyo del sector católico de la Asamblea Legislativa salvadoreña, así como de grupos pro-vida y de derechas, que sin fundamentos jurídicos o político-criminales sólidos, se basan en la doctrina cristiana para defender incondicionalmente la protección absoluta de la vida desde el momento de la concepción, sin importarles que de este modo El Salvador se oponga a los objetivos en materia de salud sexual y reproductiva de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo de 1994 y de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing de 1995 que había ratificado; en cualquier caso, pareciera que la reforma de la legislación penal salvadoreña no fue suficiente para la Asamblea Legislativa de este país, quien iba más allá, hasta lograr en 1999 el “blindaje constitucional”, reconociendo expresamente como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción, lo que demuestra aún más, la fuerte influencia de la iglesia católica en este país latinoamericano.

74. La implacable prohibición del aborto en El Salvador está comprometiendo seriamente la vida de sus mujeres y niñas, empujándolas a abortos clandestinos inseguros u obligándolas a llevar a término peligrosos embarazos que en muchos casos les cuesta la vida; así lo evidencia el cruel caso de Beatriz (nombre ficticio), una joven de origen humilde de tan sólo 22 años, que resultó embarazada de 18 semanas de un feto inviable por anencefalia, corriendo grave peligro su salud e incluso su vida, a quien El Salvador negó el aborto terapéutico, viéndose obligada a un parto pretérmino como única opción del Estado salvadoreño, después de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos requiriera a El Salvador a adoptar y garantizar, de manera urgente, las medidas necesarias para asegurar la debida protección de los derechos a la vida, a la integridad personal y a la salud de Beatriz, naciendo una niña viva pero sin cerebro, que naturalmente moría horas más tarde, una situación que supone una ofensa arbitraria a los

derechos fundamentales de Beatriz; va siendo hora de que las autoridades salvadoreñas tomen cartas en el asunto y urgentemente modifiquen su legislación, permitiendo a sus mujeres el ejercicio de sus derechos fundamentales en torno al aborto, especialmente sus derechos a la vida, a la salud y a la libertad, y como no, el respeto de su dignidad como personas.

75. Resulta lamentable que la dura prohibición del aborto en El Salvador de lugar a condenas de mujeres que, tras haber sufrido emergencias obstétricas o abortos espontáneos, sean acusadas de haberse provocado un aborto, a pesar de la falta de pruebas suficientes, resultando condenadas a penas de hasta 40 años de prisión por delito de homicidio agravado; así lo demuestra el sonado caso de María Teresa Rivera, una salvadoreña de 28 años de edad, quien habiendo sufrido un parto espontáneo que derivó en la muerte del producto de la gestación, siendo declarada culpable de homicidio agravado y condenada a 40 años de prisión en 2012, a pesar de no existir suficientes elementos que probaran la comisión del delito; positivamente en el caso de María Teresa se lograba la resolución favorable del recurso de revisión, admitiéndose un “error judicial” y ordenándose la anulación de la Sentencia y la puesta en libertad de María Teresa, aunque lamentablemente la Fiscalía apelaba la suspensión de la pena a favor de esta mujer, y María Teresa quedaba en libertad después de casi 5 años de prisión y del suplicio que tuvo que sufrir por el afán de la prohibición absoluta en este país. Personalmente me resulta bastante doloroso conocer la situación que viven muchas mujeres en El Salvador, pues el caso de María Teresa no es un caso aislado, habiendo muchísimas mujeres en su misma situación, a la espera de un indulto o de una resolución que reconozca su inocencia; es brutal la ambición de unos políticos parlamentarios retrógrados y desalmados por mantener a toda costa un sistema de prohibición absoluta del aborto arcaico, a sabiendas de su incapacidad para proteger de manera efectiva la vida anterior al nacimiento, incluso a costa del ultraje de los derechos fundamentales de sus mujeres, pero sobre todo de sus mujeres más humildes, que no tienen posibilidades de optar por un aborto clandestino en condiciones de seguridad jurídica y médica, como sí pueden permitirse las mujeres de familias más pudientes o con cierta cultura.

76. Sería conveniente que las autoridades competentes tomen cartas en el asunto y obliguen a El Salvador a cumplir con sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos; asimismo, resulta inaplazable que la sociedad salvadoreña, incluidos sus legisladores, luchen hasta conseguir al menos el restablecimiento de la regulación de la despenalización del aborto derogada en 1997, sin consentir que unos parlamentarios

entusiastas religiosos supriman sin más un modelo de indicaciones que aunque limitado afianzó los derechos más importantes de las mujeres en torno al aborto desde 1973; igualmente, se deben tomar medidas urgentes para velar por la imparcialidad de los órganos judiciales salvadoreños, no permitiendo más condenas extremas cuando no existan pruebas suficientes para castigar.

H.4 La regulación del aborto en Chile

77.Hasta ahora, la legislación sobre el aborto en Chile estaba considerada como una de las más restrictivas del mundo, por declarar la punibilidad del aborto bajo cualquier circunstancia, salvo el aborto terapéutico como consecuencia prevista pero no buscada de procedimientos médicos destinados a salvar la vida de la madre; no obstante, actualmente el Senado chileno está tramitando, en unión con la Cámara de Diputados, la formación de una nueva ley que despenalizaría parcialmente el aborto mediante un sistema de indicaciones que incluye las causales de riesgo para la vida de la madre, inviabilidad fetal y violación.

78.Resulta lamentable que el “Proyecto de Ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”, sea una consecuencia directa de los crueles casos de las niñas Belén (11 años) y María (13 años), quienes fueron obligadas a llevar a término embarazos resultado de violaciones reiteradas de su padrastro y abuelo, respectivamente; y como no, de muchos otros casos que siendo igual de significativos no tuvieron la misma notoriedad mediática en Chile, pero que también forman parte de la cruel realidad social de la prohibición del aborto en este país.

H.5 La situación del aborto en Costa Rica

79.La situación del aborto terapéutico en Costa Rica resulta muy grave, en tanto el Estado costarricense ha venido negando el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo cuando es necesaria para evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, a pesar de su legalidad en el art. 121 del CP costarricense, vulnerando autoritariamente los derechos fundamentales a la vida y a la salud de las mujeres de este país.

80.La falta de regulación del alcance y las condiciones de aplicación del aborto terapéutico no punible del art. 121 del CP, ha generado en Costa Rica una grave inseguridad jurídica, máxime teniendo en cuenta que la pena por delito de aborto sin consentimiento podría llegar hasta los 10 años de prisión, lo que ha provocado que la mayoría de médicos y obstetras de los servicios hospitalarios se nieguen a realizar el

aborto por razones de conciencia (morales o religiosas), incluso sin contar verdaderamente con dichas razones, sólo por el temor a ser condenados; con todo, en algunos casos se ha evidenciado que algunos médicos y obstetras ignoran la legalidad del aborto terapéutico en el CP costarricense.

81.La influencia de la iglesia católica en Costa Rica y la consecuente actitud conservadora de la sociedad costarricense agravan la situación del aborto terapéutico en este país (masiva objeción de conciencia); lo que al mismo tiempo genera una radical desaprobación de la interrupción del embarazo, por casi todo el mundo, cuando está en riesgo la salud psíquica de la mujer embarazada, en caso de malformaciones fetales, o cuando el embarazo es resultado de un delito de violación o incesto.

82.Los casos de A.N. en 2007 y de Aurora en 2012, a quienes Costa Rica niega el aborto terapéutico a pesar de la inviabilidad fetal y del riesgo que corría su salud e incluso su vida, muestran la peligrosa y dura realidad del aborto terapéutico en Costa Rica, donde el Estado costarricense no sólo incumple su propia legislación sobre aborto impune, sino también sus obligaciones internacionales de derechos humanos. Positivamente, las demandas de A.N. y AURORA contra Costa Rica ante la CIDH están dando su fruto, pues el Estado costarricense está trabajando en la elaboración de una norma técnica que precise el alcance del aborto terapéutico impune y permita el acceso efectivo a la intervención abortiva en el sistema de salud costarricense, resultando recomendable que Costa Rica incluya aquí una regulación precisa del derecho a la objeción de conciencia, que certifique que las mujeres reciban los cuidados de salud que requieran cuando su vida y su salud están amenazadas, incluso en casos en que el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia por los profesionales de la salud, sea un obstáculo al acceso a la prestación abortiva.

83.Es recomendable que Costa Rica reforme su legislación sobre el aborto, ampliando los supuestos de impunidad del aborto, incluyendo al menos el aborto embriopático y ético, como le instó el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU) en marzo de 2016, tras la revisión del avance de los derechos humanos en Costa Rica por formar parte del PIDCP, pues de este modo el Estado costarricense avanzaría en el respeto de los derechos fundamentales de las mujeres en torno al aborto, respetando también su dignidad como personas.

H.6 La regulación del aborto en Colombia

84.La despenalización del aborto en Colombia (a raíz de la Sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-355 de 10 de mayo de 2006) no fue casual, sino más la respuesta despenalizadora del TC colombiano ante un caso sangriento de gran repercusión mediática, el de Marta Sulay González, una mujer de 35 años a quien Colombia denegó la interrupción del embarazo en 2005, después de que se le detectara cáncer de cuello de útero estando embarazada de 4 semanas de su cuarta hija (habiéndole fallado la ligadura de trompas de Falopio), precisando quimioterapia para salvar su vida, quien terminó dando a luz a su cuarta hija, pero muriendo a causa del cáncer en 2007.

85.La Sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-355 supone un cambio radical de la línea jurisprudencial constitucional colombiana, teniendo en cuenta que hasta entonces la línea dominante de la Corte Constitucional era la absolutización de la protección a la vida del *nasciturus* a la hora de resolver el conflicto propio de la penalización del aborto, habiéndose llegado hasta el reconocimiento expreso del derecho fundamental a la vida del no nacido (a la consideración del *nasciturus* como persona y por ende titular del derecho fundamental a la vida del art. 11 de la Constitución colombiana); aún cuando aparecía una línea opuesta y marginal, conformada por los salvamentos o aclaraciones de votos de los magistrados minoritarios, que admitía el abandono de la doctrina católica que tanta influencia había tenido hasta aquel momento en la jurisprudencia constitucional de este país.

86.La Sentencia C-355-06 opta por ponderar de manera muy comedida los bienes jurídicos en conflicto en torno al aborto, acordando la despenalización del aborto en tres supuestos básicos que no deberían aceptar vacilación alguna sobre su legalidad, de cara a la protección de los bienes jurídicos constitucionales propios de la mujer, tales como la vida, la salud, la libertad, la intimidad, la dignidad humana, entre otros: riesgo para la vida o para la salud física o mental de la mujer; serias malformaciones que hacen que el feto sea inviable; y cuando el embarazo es consecuencia de una violación, incesto, inseminación artificial involuntaria o implantación involuntaria de un óvulo fecundado.

87.Esta Sentencia es esencial en la historia jurídica del aborto en Colombia, por superar el sacrificio absoluto de los derechos de la mujer embarazada en torno al aborto, dejando atrás la protección incondicional de la vida humana en formación, a pesar de la marcada influencia de la religión católica en Colombia.

88.La Sentencia colombiana C-355, es la piedra angular del reconocimiento de los derechos humanos sexuales y reproductivos de las mujeres colombianas, al advertir la relación entre estos derechos y los propios derechos fundamentales de la mujer, considerando que diferentes tratados internacionales son la base del reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las mujeres, partiendo de la protección de otros derechos fundamentales (vida, salud, igualdad, no discriminación, libertad, integridad personal, estar libre de violencia) que constituyen a su vez el núcleo esencial de los derechos reproductivos; así, constituye un valioso precedente en materia de aborto para los países latinoamericanos que aún no han iniciado el camino hacia la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo.

89.Con la Sentencia C-355-06 la Corte Constitucional colombiana rebasa las funciones que le son propias, pues más bien ejerce la función parlamentaria, como si de un legislador positivo se tratara, al determinar con precisión por sí misma los supuestos de impunidad del aborto, utilizando su jurisprudencia como fuente de derecho positivo y no como una fuente complementaria, ejerciendo competencias parlamentarias que no le corresponden ni siquiera al tratarse de derechos fundamentales contenidos en la Constitución, porque la legitimidad democrática para legislar le corresponde al legislador por imperativo constitucional, cuando lo correcto hubiese sido que esta Corte sólo estableciera la necesidad de despenalizar el aborto, dejándole al legislador la tarea de regularizar el aborto con base en la jurisprudencia constitucional. Además, resulta increíble que la Corte Constitucional se proteja explicando que si el legislador no determina las circunstancias en las cuales resulta excesivo exigirle a la mujer continuar con el embarazo por suponer el desprecio absoluto de sus derechos fundamentales, corresponderá al juez constitucional impedir quebrantamientos desproporcionados de los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que no significa que el legislador carezca de competencia para ello dentro del respeto a los límites constitucionales, mientras pasa por alto la esencia legislativa del Derecho.

90.En consecuencia, el legislador colombiano se muestra constreñido a la hora de regular legalmente el aborto, mientras que la Corte Constitucional colombiana se revela generosa hasta el punto de despenalizar parcialmente el aborto en virtud del modelo de indicaciones, incluso yendo más allá de su competencia de mero administrador de justicia, sin observar los mandatos que le confiere la Constitución.

H.7 El sistema del plazo en Cuba, Distrito Federal de México y Uruguay

91. Los únicos territorios latinoamericanos que acogen el sistema del plazo para regular el aborto voluntario, permitiendo a las mujeres interrumpir su embarazo libremente durante un plazo inicial de impunidad, son Cuba, el D.F. de México y Uruguay.

92. Cuba ha sido el primer país latinoamericano en legalizar el aborto sin restricciones en 1965, reconociéndoles a las mujeres el derecho a abortar libremente durante las primeras 10 semanas de gestación, incluso cuando no existe una ley que regule el aborto impune (como sucede en Canadá), debiendo valorarse positivamente el generoso reconocimiento que formaliza Cuba respecto a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, garantizando el acceso efectivo a la interrupción voluntaria del embarazo mediante el sistema sanitario público. Ahora bien, resulta preocupante que en Cuba la interrupción del embarazo se esté manejando sin control ni prudencia, funcionando prácticamente como un método anticonceptivo, lo que le constituye un problema de salud dado el elevado número de mujeres que resultan estériles a causa de la práctica de uno o más abortos. En consecuencia, es recomendable que el Gobierno cubano promueva cuanto antes políticas sociales de planificación familiar que conciencien a sus ciudadanos sobre la importancia del correcto y sistemático uso de métodos anticonceptivos, para evitar embarazos no deseados y abortos innecesarios, advirtiéndoles sobre las posibles secuelas del aborto sobre la vida y la salud de las mujeres.

93. La despenalización del aborto libre hasta las 12 semanas de embarazo en el D.F. de México, va más allá del resto de normas locales de los Estados mexicanos, salvaguardando positivamente todos los derechos fundamentales de las mujeres en torno al aborto, y particularmente, su derecho de libre decisión respecto a la maternidad. Positivamente, la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 28 de agosto de 2008, fortalece el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres del D.F. al reconocer la constitucionalidad de esta Ley, de manera que dicha Sentencia constituye un pilar importantísimo para el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en México, donde aún la tendencia es el interés superior por proteger el derecho a la vida, y como no, la vida humana anterior al nacimiento.

94. Uruguay es el único país latinoamericano que acoge el matizado modelo del plazo con asesoramiento; ahora bien, el asesoramiento previo en el sentido dispuesto por

la Ley de plazos uruguaya podría dificultar el verdadero respeto de los derechos fundamentales de la mujer embarazada durante la asesoría, y por ende, la defensa de la voluntad libre y autónoma de la mujer para decidir sobre su maternidad, al optar por la entrevista personal para ofrecer la información, y contemplar la obligación de la mujer a poner en conocimiento de los profesionales del comité interdisciplinario las circunstancias que la llevan a optar por la interrupción del embarazo, independientemente de que dicha Ley disponga señaladamente que la asesoría debe estar exenta de presiones de terceros, y que el equipo interdisciplinar debe abstenerse de asumir la función de denegar o autorizar la interrupción del embarazo. En cualquier caso, la ley de plazos de Uruguay, logra proteger de manera efectiva la vida prenatal durante todo el embarazo, en un principio, mediante una salvaguardia preventiva a través de sus políticas públicas para prevenir embarazos no deseados y abortos; más tarde, mediante el asesoramiento previo en el que incluye información que podría ser capaz de hacer que la mujer se decida por la continuación del embarazo (ayudas sociales y económicas, proceso de adopción, etc.), máxime al disponer un plazo de reflexión de 5 días; y finalmente, optando por una protección más enérgica durante el resto del embarazo, cuando el producto de la concepción empieza a desarrollar facultades sensoriales y cognitivas, hasta adquirir viabilidad fetal y culminar con el nacimiento, disponiendo la prohibición del aborto excepto en ciertos casos excepcionales dispuestos en las indicaciones del art. 6, donde la legalidad del aborto se condiciona a exigencias especiales más severas. En efecto, sería recomendable que Uruguay velara efectivamente por el respeto de la decisión libre de la mujer embarazada sobre el aborto y de sus derechos fundamentales durante la asesoría, o mejor aún, optase por la entrega de la información en sobre cerrado, como hace España, para evitar posibles intromisiones de asesores en la formación de la voluntad de la mujer, sorteando la obligación relativa a poner en conocimiento de los profesionales del comité interdisciplinario las circunstancias que la llevan a optar por la interrupción del embarazo; e igualmente, sería aconsejable que Uruguay pensara en reconocerle validez al consentimiento de las menores de edad con capacidad suficiente para comprender el alcance de la interrupción del embarazo, al menos a partir de los 16 años, con el fin de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de estas mujeres.

CONCLUSIÓN FINAL

95.Después de estudiar las regulaciones del aborto tanto en el Derecho español como en el Derecho comparado, así como los problemas que presentan los diversos modelos de prohibición absoluta y despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo por medio de indicaciones o plazos de impunidad, debo concluir que la despenalización del aborto voluntario resulta necesaria, no sólo para respetar la dignidad y el contenido esencial de los derechos fundamentales de la mujer sino también para tutelar de manera efectiva la vida humana anterior al nacimiento. En efecto, la experiencia práctica de los distintos países ha demostrado que la prohibición del aborto no impide la ejecución de un elevado número de abortos clandestinos (con graves consecuencias en muchos casos: muerte, secuelas graves en su salud o condenas penales), de modo que la protección de la vida del *nasciturus* es más efectiva mediante políticas de apoyo a la maternidad y el respeto de los derechos de las mujeres.

Particularmente, considero que, entre los modelos existentes, el del plazo con asesoramiento es el mejor sistema de despenalización del aborto, pues logra una ponderación correcta de los bienes jurídicos en conflicto. Al aceptar la decisión libre y autónoma de la mujer sobre el aborto durante un periodo de tiempo suficiente (plazo inicial de impunidad), reconoce los derechos sexuales y reproductivos de la población y respeta el contenido esencial de los derechos fundamentales de las mujeres. Y simultáneamente, a través de un asesoramiento previo respetuoso con la decisión libre de la mujer embarazada, se ofrece una tutela preventiva y seria de la vida prenatal, por medio de políticas públicas de apoyo a la maternidad y de prevención de embarazos no deseados y abortos, sin renunciarse en ningún momento a la protección del *nasciturus*.

Ahora bien, ha quedado claro que es la realidad política, social y religiosa de cada país la que en definitiva determina el modelo despenalizador más adecuado en cada momento. Mientras en Europa resulta posible y conveniente optar por un sistema de plazos en la generalidad de los países, en la mayoría de los países de Latinoamérica parece más conveniente ir adoptando poco a poco regulaciones despenalizadoras del aborto cada vez más permisivas, inicialmente a través de modelos de indicaciones. En cualquier caso, es importante que los países tengan en cuenta la experiencia de otras naciones, con la finalidad de aprender de sus errores, disponiendo regulaciones que desde un principio sorteen los problemas que pueden haberse presentado en unos u otros casos.

BIBLIOGRAFÍA

ACAI, Escrito de alegaciones de la ACAI, presentado en contra del Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada, de fecha 13 de febrero de 2014, disponible en <http://www.acaive.com/pdf/Alegaciones%20ACAI%20%20Anteproyecto%20L.O.%20para%20la%20Proteccion%20de%20la%20vida%20del%20Concebido%20y%20de%20los%20Drechos%20de%20la%20Mujer%20Embarazada.pdf>, consulta: 29 de octubre de 2016.

ACAI, Investigación “Mujeres de 16 y 17 años que no han podido comunicar a sus padres o tutores la interrupción de su embarazo”, noviembre de 2014, disponible en <http://www.acaive.com/pdf/Investigacion-ACAI-menores-16-y-17-anos-noviembre-2014.pdf>, consulta: 29 de octubre de 2016.

AGUINAGA ROUSTEN, J. M., *El aborto en España: datos para la planificación de una política social*, Madrid, Instituto de la Mujer, Ministerio de Cultura, 1982.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, “La prohibición total del aborto en Nicaragua. La vida de las mujeres en peligro, los profesionales de la medicina criminalizados”, Madrid, EDAI, julio de 2009, disponible en <http://www.amnestyusa.org/pdfs/amr430012009spa.pdf>, consulta: 20 de junio de 2016.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Al borde de la muerte: Violencia contra las mujeres y prohibición del aborto en El Salvador”, Madrid, Centro de Lenguas de Amnistía Internacional, septiembre de 2014, disponible en <http://amnistiainternacional.org/publicaciones/219-al-borde-de-la-muerte-viloencia-contra-las-mujeres-y-prohibicion-del-aborto-en-el-salvador.html>, consulta: 20 de mayo de 2016.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Northern Ireland barriers to accessing abortion services”, Londres, Amnesty International Publications, febrero de 2015, disponible en <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI.exe?CMD=VERDOC&BASE=SAI&SORT=-tdoc,-FPUB&DOCR=10&RNG=10&SEPARADOR=&&ENLA=MUJERES>, consulta: 20 de febrero de 2016.

ANTON ONECA, J., “Historia del Código Penal de 1822”, *ADPCP*, XVIII, mayo-agosto, II, MCMGSV, 1958, 263-278.

ANTON ONECA, J., “El Código Penal de 1870”, *ADPCP*, t. 23, fasc. /mes 2, 1970, 229-252.

ARANGO OLAYA, M., “Medidas provisionales adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto B. con El Salvador y el fortalecimiento de la protección de los derechos reproductivos en el sistema interamericano”, *ADH*, núm. 10, 2014, 177-185, disponible en <http://www.anales-ii.ing.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/31710/33509>, consulta: 25 de noviembre de 2016.

ARROYO ZAPATERO, L., “Prohibición del aborto y Constitución”, *RFDUCM*, monográfico 3, 1980, 195-222. (Prohibición del aborto).

ARROYO ZAPATERO, L., “La indicación eugenésica (circunstancia 3ª del artículo 417 bis C.P.)”, *RFDUCM*, Monográfico 11, 1986, 47-60.

AZNÁREZ TORRALVO, M., “Del perejil a la píldora del día después”, en *El país semanal, Especiales 25 aniversario*, 3, *Diario El País de 6 de mayo de 2001*, disponible en <http://www.elpais.com/especiales/2001/25aniversario/especial/03/index.html>, consulta: 25 de julio de 2016.

BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid, Ceura, 1986.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “Derecho represivo en España durante los periodos de guerra y postguerra (1936-1945)”, *RFDUCM*, núm. 3, 1980, 97-128.

BERNAL DEL CASTILLO, J., “Una interpretación alternativa de la despenalización parcial del aborto: de la justificación a la exculpación”, *CPC*, núm. 92, 2007, 59-92.

BUSTOS RAMÍREZ J., *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Barcelona, Ariel Derecho, 1986.

CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; en VIVES ANTÓN, T. y otros., *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

CENTRO DE ESTUDIOS DE POBLACIÓN Y DESARROLLO, Informe de Resultados de la Encuesta Nacional de Fecundidad 2009, La Habana, ONE, 2010, disponible en <http://www.one.cu/publicaciones/cepde/enf/Completa/encuestanacionaldefecundidad2009.pdf>, consulta: 15 octubre de 2016.

CEREZO MIR, J., “La regulación del aborto en el proyecto de nuevo Código penal español”, *ADPCP*, t. 35, fasc. /mes 3, 1982, 561-580.

CEREZO MIR, J., *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 1982.

CHÁVEZ CARAPIA, J., *Perspectiva de Género*, D.F. de México, Plaza y Valdés, 2004, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4120950.pdf>, consulta: 10 de noviembre de 2016.

COBO DEL ROSAL, M., *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1987.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-133, de 17 de marzo de 1994, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-133-94.htm>, consulta: 30 de noviembre de 2015.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-013, de 23 de enero de 1997, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/c-013-97.htm>, consulta: 30 de noviembre de 2015.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-355/06, de 10 de mayo de 2006, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>, consulta: 11 de julio de 2016.

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, 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, disponible en <http://www.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20Anteproyecto%20LO%20Proteccion%20Concebido.pdf>, consulta: 20 de julio de 2016.

CONSEJO FISCAL, Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada, disponible en

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/2914INFORME_CF_AN_TEPROYECTO_LO_ABORTO.pdf?idFile=17219c05-f691-47b9-9081-411f11c3c4c7,

consulta: 20 de julio de 2016.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada, disponible en <http://www.poderjudicial.es/stfls/SALA%20DE%20PRENSA/NOTAS%20DE%20PRENSA/INFORME%20ANTEPROYECTO%20DE%20LEY%20ORGANICA.pdf>, consulta: 10 de agosto de 2016.

CÓRDOBA, M., “Nicaragua: la lucha de Leslie por despenalizar el aborto terapéutico”, en *Diario Proceso de 6 de noviembre de 2015*, disponible en <http://www.proceso.com.mx/420174/nicaragua-la-lucha-de-leslie-por-despenalizar-el-aborto-terapeutico>, consulta: 8 de julio de 2016.

CORRAL GARCÍA, E., “El supuesto derecho de la mujer para decidir sobre su maternidad: una visión crítica”, *Revista La Ley Penal*, núm. 69, 2010, 1-15.

CUELLO CALON, E., *Derecho penal, Parte Especial*, t. II, 14ª ed., Barcelona, Bosch, 1975.

CUERDA ARNAU, M. L., “Tratamiento jurídico-penal del aborto consentido. Propuestas de reforma”, *RP*, núm. 25, 2010, 22-41.

DEL CAMPO, S. y NAVARRO, M., *Análisis sociológico de la familia española*, Barcelona, Ariel, 1985.

DEL ROSAL, J.; COBO, M.; RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal Español, Parte Especial, Delitos contra las Personas*, Madrid, 1962.

DELEYTO, J. M., “El aborto en España”, *Tribuna abierta*, 1 Dic., 1972.

DELGADO, M.; BARRIOS, L., *Determinantes sociales de la interrupción del embarazo en España*, Madrid, CIS, 2007.

DÍEZ NICOLÁS, J., “La familia en Europa y el cambio social”, *REIS*, núm. 21, 1983, 11-32.

DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *Bien Jurídico protegido y objeto material del delito de aborto. Análisis de los elementos de la causa de justificación del artículo 417 bis del Código Penal*, en COBO DEL ROSAL, “Comentarios a la Legislación Penal, t. IX, La reforma del delito de aborto, estudio del nuevo artículo 417 bis del Código Penal: análisis jurídico y médico”, Madrid, Edersa, 1989.

DOMINGO OSLÉ, R., “El aborto y el Tribunal Constitucional alemán: observaciones sobre la Sentencia de 28 de mayo de 1993”, *RChD*, vol. I, núm. 2, 1994, 273-281.

EFE, “El embarazo de una niña nicaragüense vuelve a levantar la polémica sobre el aborto”, *Diario El Mundo.es de 29 de octubre de 2011*, disponible en

<http://www.elmundo.es/america/2011/10/30/noticias/1319935780.html>, consulta: 10 de agosto de 2016.

EL SALVADOR, Sala de lo Constitucional del Tribunal Supremo, Sentencia 310-2013, de 28 de mayo de 2013, disponible en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/Documento/ResultadoBusqueda.aspx?data=EGTGlcWZXLszIFh522n04r7arXGxHe2FUPS6kxmLtq2O4xHt950h3JefnL7R5Hw6WuR9ChR0r4UPjIEW4Um6jdCoyuCoI3EqAc9ov0BOTW2u5d8/hyGMy9cUY+tkJv259MyVKx/sp4SM30GXdWxbUTr08+itx/mptRvCJDmSFwJ9YjpU7GbDOVAkeH/VwVo5uE4I1kufYtJiGrqKO sZoS1meY+NH6NLOIC4ziXvOPWH2SNKqebiafWGbEn8vhGPwXK2+JoShWZGp267/bxG EKCriMHxX0QhTdV9iSCgp9g6rpTT82x/QWAIWYSupQG5jHhETwuhUE7WK5KiUKdfPGQ fbHwljP5m1/M1eWXG7VWRAmD4rIFs9zm4dVcUYIGMktCE2oyGYB0yl3uSLrfpq1aKkxqf OSbmO22sighe4OQhZnjV6FGMXrYcRLXjTO0EoQh9qtEgzKugYMxBJj0DKOCwqFtcwSd 4Ysf7fx7ldyRG+b+AN2m8woz7u7px1H3+vX+tk73JtYS3QXHLexRj+aG6ZYYEBVRaNK12 Mw3p4U2IZgF6ITya3O8gv1Y4Oe77rEoREqaf7JFHGLYGqnTzK65UNoGyBySNU6XKLvr R94HE>, consulta: 12 de abril de 2016.

ESPAÑA, Tribunal Constitucional (pleno), Sentencia núm. 53/1985, de 11 de abril.

ESPERANZA, J., "Nadie tiene derecho a obligar al sufrimiento", *Diario El País* de 24 de julio de 2012, disponible en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/07/24/actualidad/1343153808_906956.html, consulta: 28 de octubre de 2016.

FEUSIER AYALA, O., *Pasado y presente del delito de aborto en El Salvador*, Unidad de Investigaciones, Departamento de Ciencias Jurídicas, Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas" (UCA), San Salvador, septiembre de 2012, disponible en <http://www.uca.edu.sv/deptos/ccj/?art=94&cat=24>, consulta: 20 de noviembre de 2016.

GAMBOA MONTEJANO, C.; VALDÉS ROBLEDO, S., *Regulación del aborto en México. Estudio teórico conceptual de antecedentes legislativos, instrumentos jurídicos internacionales, jurisprudencia y opiniones especializadas*, Primera Parte, D.F. de México, Dirección General de Servicios de documentación, información y análisis, 2014.

GARAY ZARRAGA, A., *El derecho al aborto ante la reacción patriarcal. Casos emblemáticos de la violación de los derechos humanos de las mujeres en relación al aborto en América Latina*, Vizcaya, Fundación Mundubat, 2016, disponible en <http://www.mundubat.org/el-derecho-al-aborto-ane-garay/>, consulta: 23 de noviembre de 2016.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La Constitución como norma jurídica", *ADC*, 1979, 291-342.

GARCÍA OLIVA, J.; CRANMER, F., "Objeción de conciencia al aborto en el Reino Unido", *RGDCDEE*, núm. 23, 2010, 1-23.

GARCÍA VALDÉS, C.; MESTRE DELGADO E.; FIGUEROA NAVARRO C., *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid, Edisofer, 2011, 37-42. (Lecciones de Derecho Penal).

GIMBERNAT ORDEIG, E., *La reforma del derecho penal del aborto*, en *Reforma Política y Derecho: actas del curso celebrado en la Universidad Internacional "Menéndez Pelayo"*, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1985.

GONZÁLEZ MANRIQUE, M. J., “Aproximación social y cinematográfica a la problemática del aborto en la Transición”, *Quaderns de Cine*, núm. 5, 2010, 43-50.

GONZALEZ MONROY, A.; y otros, *Implicaciones éticas, jurídicas y médicas de la Sentencia C-355 de la Corte Constitucional. Un avance para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de las colombianas. Convenio interadministrativo núm. 405 de 2006, suscrito entre el Ministerio de la Protección Social y la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Kimpres, 2007, disponible en <http://www.unal.edu.co/bioetica/documentos/conveniodoc/parte%20interna%20cartilla.pdf>, consulta: 20 de agosto de 2016.*

HEREDERO, L., “Cuba: cuando el aborto es una alternativa al método anticonceptivo”, *Diario BBC Mundo de 10 de marzo de 2011*, disponible en http://www.bbc.com/mundo/noticias/2011/03/110119_cuba_aborto_salud_lh.shtml, consulta: 29 de junio de 2016.

HERNANDEZ RODRIGUEZ, G., “Actitudes y criterios sobre la planificación familiar y el aborto”, *REIS*, núm. 1, 1978, 205-250.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, G., “Aborto y planificación familiar: Aspectos sociológicos”, *REIS*, núm. 5, 1979, 137-166.

HERNANDEZ RODRIGUEZ, G., *El aborto en España. Análisis de un proceso sociopolítico*, Madrid, UPCO, 1992.

HIERREZUELO CONDE, G.; IÑESTA PASTOR, E., “El Código Penal español de 1848”, *REHJ*, núm. 33, 2011, 702-706.

HIGUERA GUIMERÁ, J. F., “Las propuestas de introducción de la solución del plazo con indicaciones en el delito de aborto: sus problemas constitucionales”, *RGDP*, núm. 11, mayo de 2009, 24-31.

HUERTA TOCILDO, S.; OLIVA GARCÍA, H., *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, 4ª ed., Madrid, Universidad Complutense, 1977.

HUERTA TOCILDO, S. y PEREZ MANZANO, M. (Dir.); GOMEZ MONTORO, A.; y otros, *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, Madrid, Aranzadi, 2012. (Cuestiones actuales).

HUERTA TOCILDO, S., “Constitución y democracia: ayer y hoy”, en *La constitucionalidad de la nueva regulación del delito de aborto. En homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. 2, Madrid, Universitas, 2012, 1753-1770.

IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, J. L., *La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX*, Madrid, Siglo XXI de España Editores S.A., 1992.

IGLESIAS DE USSEL, J., *El aborto, un estudio sociológico sobre el caso español*, Madrid, CIS, 1979.

INE, *Estadísticas judiciales de España año 1977*, Madrid, INE, 1979. (Estadísticas Judiciales 1977).

IÑESTA PASTOR, E., “La Comisión General de Codificación (1843-1997). De la codificación moderna a la descodificación contemporánea”, *AHDE*, t. 83, 2013, 66-103.

ITALIA, Corte Constitucional, Sentencia 27/1975, de 18 de febrero de 1975, disponible en <http://www.giurcost.org/decisioni/1975/0027s-75.html>, consulta: 12 de julio de 2016.

JULIÁN PEREDA S. J., “Protección constitucional de la vida”, en RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., y otros, en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal, semana de Derecho penal en Memoria del Prof. Julián Pereda, S. J.*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1983.

LANDROVE DIAZ, G., *Política criminal del aborto*, Barcelona, Bosch, 1972.

LANDROVE DÍAZ, G., “El aborto y el futuro Código Penal”, *Anales de Derecho*, vol. 7, 1985, 115-129.

LAURENZO COPELLO P., *El aborto no punible: el art. 417 bis del Código Penal*, Barcelona, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Málaga, 1990.

LAURENZO COPELLO P., “El aborto en la jurisprudencia. Críticas y Alternativas”, *Artículo 14, Una perspectiva de género, Boletín de Información y Análisis Jurídico*, núm. 5, 2000, 3-8.

LAURENZO COPELLO, P., *El aborto en la legislación española: una reforma necesaria*, Documento de trabajo 68, Fundación Alternativas, 2005, disponible en <http://www.falternativas.org/laboratorio/documentos/>, consulta: 7 de julio de 2016. (El aborto).

LAURENZO COPELLO, P., “Otra vez el aborto: El inevitable camino hacia un sistema de plazos”, *Revista Teoría y Derecho*, núm. 3, 2008, 235-247.

LAURENZO COPELLO, P., “Aborto y derecho a la sexualidad. Un nuevo marco para un viejo debate”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 7, 2009, 26-35.

LAURENZO COPELLO P., *Dogmática y política criminal del aborto*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012. (Dogmática).

LAURENZO COPELLO, P., “Desandando el camino. La contrarreforma del aborto”, *RECPC*, núm. 16-09, 2014, 09:1-09:39.

LEMA AÑÓN, C., “Sobre el consentimiento de las menores para la interrupción voluntaria del embarazo”, *JD*, núm. 43, 2002, 34-38.

LÓPEZ DIAZ, C., *Código Penal alemán. Versión traducida por la Profesora Claudia López Díaz: (Strafgesetzbuch, 32ª ed., editado por Deutscher Taschenbuch Verlag, des Verlages C.H. Beck, München, 1998)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

LUZÓN PEÑA, D. M., “Aborto”, en MONTROYA MELGAR, A. (ed.), *Enciclopedia Jurídica Básica, t. I*, Madrid, Civitas, 1995, 22-27.

LUZÓN PEÑA, D. M., “Indicaciones en el Aborto”, en MONTROYA MELGAR, A. (ed.), *Enciclopedia Jurídica Básica, t. III*, Madrid, Civitas, 1995, 3527-3530.

MCNAUGHTON, H. L.; PADILLA, K., *El acceso al aborto terapéutico en Nicaragua: un boletín informativo*, Managua, EMCOR, 2003.

MENA PARRAS, F. J., “La sentencia A, B y C contra Irlanda y la cuestión del aborto. ¿Un “punto de inflexión” en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de consenso y margen de apreciación nacional?”, *ADH*, núm. 8, 2012, 115-124.

MIRANDA MONTECINOS, A., “El Principio del Doble Efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico”, *RChD*, vol. 35, núm. 3, 2008, 485-519.

MOREL, B., “Rosita, una niña violada dos veces, a los 9 y 12 años”, *Diario Perfil de 15 de agosto de 2007*, disponible en <http://www.perfil.com/internacional/Rosita-una-nina-violada-dos-veces-a-los-9-y-12-anos-20070815-0063.html>, consulta: 2 de mayo de 2016.

MUÑOZ CONDE, F., *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, 4ª ed., Sevilla, Publicaciones Universidad de Sevilla, 1982, 61-74.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 11ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

MUÑOZ CONDE, F., *Principios inspiradores del nuevo Código Penal, Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. II, Valencia, Universidad de Valencia, Instituto de Criminología, 1997. (Principios inspiradores).

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, 18ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

NAYA FAUNÉ, Y., *De la despenalización a la penalización del aborto en Nicaragua (1837-2006). Razones del retroceso en pleno siglo XXI e implicancias para la vida de las mujeres y la vigencia de un estado laico*, Managua, Psicología Jurídica y Forense, 2014, disponible en <http://psicologiajuridica.org/archives/4481>, consulta: 20 de noviembre de 2016.

NUÑEZ BARBERO, R., *La reforma penal de 1870*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1969.

ONU, Comité de Derechos Humanos (PIDCP), Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Costa Rica, 21 de abril de 2016, disponible en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fCRI%2fCO%2f6&Lang=, consulta: 12 de octubre de 2016.

ORTIZ HERAS, M., “Mujer y dictadura franquista”, *Aposta*, núm. 28, 2006, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2470250>, consulta: 22 de julio de 2016.

PEÑARANDA RAMOS, E., “La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal de desarrollo”, *RDPC*, núm. 11, 2003, 165-247.

PEÑARANDA RAMOS, E., “Fases en el desarrollo de la vida y grados de su protección. A propósito del tratamiento jurídico penal del diagnóstico preimplantatorio”, en BAJO FERNÁNDEZ, M.; JORGE BARREIRO, A.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C. (eds.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Civitas, 2005, 1673-1710.

PI, V., “El Gobierno balear rectifica y pagará directamente los abortos a las clínicas”, *Diario Público* de 28 de enero de 2012, disponible en <http://www.publico.es/espana/gobierno-balear-rectifica-y-pagara.html>, consulta: 25 de septiembre de 2016.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal español, Parte Especial*, 6ª ed., Barcelona, Atelier, 2010.

QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, t. I, vol. I, Infracciones contra la persona en su realidad física*, 2ª ed., Madrid, 1972. (Tratado DP, PE, t. I, vol. I.)

QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.); MORALES PRATS, F. (Coord.); GARCIA ALBERO, R.; TAMARIT SUMALLA, J.M., *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, t. II, 5ª ed., Navarra, Aranzadi, 2008.

REPÚBLICA DOMINICANA, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0599/15, de 17 de diciembre de 2015, disponible en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/content/sentencia-tc059915>, consulta: 11 de julio de 2016.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal Español, Parte General*, 7ª ed., Madrid, José M. Rodríguez, 1979.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal español, Parte Especial*, 8ª ed., Madrid, J. M. Rodríguez Devesa, 1980.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 9ª ed., Madrid, Carasa, 1983.

RODRIGUEZ MOURULLO, G., “El aborto. La sentencia del Tribunal Constitucional español desde las perspectivas constitucional y penal”, en *División de poderes e interpretación: hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987, 186-198. (División de poderes).

RODRIGUEZ MOURULLO, G. (Dir.); JORGE BARREIRO, A. (Coord.); y otros., *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Civitas, 1997.

RODRÍGUEZ RAMOS R., *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid, Trivium S.A., 1985, 11-27.

ROMEO CASABONA, C. M., “Objeción de conciencia y aborto. Propuestas”, en *Estudios Jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. 2, Valencia, Universitat, 1998, 737-752.

ROMEO CASABONA, C., *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Granada, Comares, 2004.

ROPERO CARRASCO, J., “La insuficiencia del sistema de indicaciones en el delito de aborto”, *ADPCP*, LVI, 2003, 211-251.

ROSETO-BIXBY, L., “Notas acerca del aborto en Costa Rica”, *Asociación Demográfica Costarricense, Mortalidad y Fecundidad en Costa Rica*, 1984, 85-89.

RUIZ MIGUEL, A., *El aborto. Problemas Constitucionales*, Madrid, CEC, 1990. (Problemas Constitucionales).

RUIZ MIGUEL, A., “Autonomía individual y derecho a la propia vida. Un análisis filosófico-jurídico”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993, 135-165.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”, *RTRC*, núm. 12-13, 2003, 351-382.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. D., *La codificación penal en España: los Códigos de 1848 y 1850*, Madrid, CEPC, 2004.

SAUQUILLO, M. R., “A Londres o a la abortera de barrio”, *Diario El País de 5 de mayo de 2013*, disponible en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/05/04/actualidad/1367696230_791189.html, consulta: 25 de agosto de 2016.

SCHWABE, J., *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, D. F. de México, Rudolf Huber, 2009. (Jurisprudencia).

SHANKAR SINGH, J., *Un nuevo consenso sobre población: balance y propuestas en el umbral del siglo XXI*, Barcelona, Icaria, 2001.

SHAPIRO, I., “El derecho constitucional del aborto en los Estados Unidos: una introducción”, *Doxa*, núm. 31, 2008, 437-463.

SHAPIRO I., y otros., *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009. (La Suprema Corte).

SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.); RAGUÉS I VALLÉS, R. (Coord.); y otros, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, 3ª ed., Barcelona, Atelier, 2010. (Lecciones DP, PE).

SOTO LAMADRID, M. A., “Normas para la tutela social de la maternidad y, sobre la interrupción voluntaria del embarazo, (Ley núm. 194, de 22 de mayo de 1978)”, *ADPCP*, t.33, fasc. /mes 3, 1980, 749-757.

TOMAS VILLARROYA, J., *Breve historia del constitucionalismo español*, 12ª ed., Madrid, CEC, 1997.

UNDURRAGA VALDÉS, V., *Construyendo un relato judicial para América Latina en torno al argumento de la inexigibilidad de la obligación de mantener un embarazo*, en Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política, sesión sobre La sexualidad y la teoría del Derecho, San José, Costa Rica, 2011, disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/93/, consulta: 10 de noviembre de 2016.

VIANA GARCÉS, A., “Sentencia C-355 de 2006 resistir y emancipar”, *Foro Constitucional Iberoamericano*, núm. 12, 2005, 164-191.

VILLEGAS FERNÁNDEZ, J. M., “¿Qué es el principio de intervención mínima?”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 23, 2009, 1-10.

VIVES ANTON, T. S., “Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional. El problema del aborto consentido”, *REDC*, núm.15, 1985, 121-157.

VIVES ANTON, T. S., *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1987.

VIVES ANTON, T. S.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C.; y OTROS, *Derecho Penal Parte Especial*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

VIVES ANTÓN, T. S.; CUERDA ARNAU, M. L., *El debate acerca de la legalización del aborto*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012. (El debate).