

El aborto en la legislación española: una reforma necesaria

Patricia Lorenzo Copello

Documento de trabajo 68/2005



Patricia Laurenzo Copello

Catedrática de Derecho penal en la Universidad de Málaga.

Ha sido becaria y colaboradora contratada en el Instituto Max Planck de Derecho penal extranjero e internacional con sede en la ciudad alemana de Friburgo. Se doctoró en la Universidad Complutense de Madrid con una tesis doctoral sobre “El aborto no punible”.

Ocupó la cátedra de Derecho penal de la Universidad de La Laguna entre los años 1998 y 2002, donde además dirigió el Centro de Estudios Criminológicos de Canarias y fue vocal del Comité de Ética de la Investigación de esa Universidad.

Es miembro fundador de la Asociación Grupo de Estudios de Política Criminal y ha participado activamente en la elaboración de muchas de sus propuestas. Es miembro de los consejos asesores de numerosas publicaciones españolas y extranjeras especializadas en Derecho penal y Criminología.

Ninguna parte ni la totalidad de este documento puede ser reproducida, grabada o transmitida en forma alguna ni por cualquier procedimiento, ya sea electrónico, mecánico, reprográfico, magnético o cualquier otro, sin autorización previa y por escrito de la Fundación Alternativas

© Fundación Alternativas

© Patricia Laurenzo Copello

ISBN: 84-96204-68-5

Depósito Legal: M-28862-2005

Contenido

Resumen ejecutivo	5
Introducción	7
1 La situación legal del aborto en España	10
1.1 El aborto prohibido por la ley: características generales	10
1.2 Los supuestos de impunidad del aborto: el art. 417 bis del derogado Código Penal	12
A) El sistema restringido de indicaciones: requisitos generales	12
B) Contenido de las indicaciones y requisitos específicos	14
C) Disfunciones formales y valorativas: falta de adecuación del modelo vigente a las nuevas líneas trazadas por el Código Penal de 1995	19
2 Algo de historia: el camino hacia la despenalización del aborto en España	21
2.1 El proceso hacia la despenalización parcial de 1985	21
2.2 La sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional y su influencia en el actual modelo de indicaciones	22
3 La interrupción voluntaria del embarazo en la sociedad y en los tribunales	25
3.1 Algunas cifras	25
3.2 La evolución en la jurisprudencia: principales causas de condena por abortos supuestamente amparados en el art. 417 bis	29
3.3 El tratamiento de la mujer en los tribunales: la tendencia a su impunidad	32
4 Los defectos del modelo vigente en España	34
4.1 Inseguridad jurídica	34
4.2 Desigualdades regionales y huida a la sanidad privada	35
5 Alternativas al actual modelo de indicaciones	38
5.1 El cuarto supuesto	39
5.2 El sistema puro del plazo: problemas de constitucionalidad	41
5.3 Indicaciones con decisión última de la mujer	43
5.4 El sistema del asesoramiento: la experiencia alemana	45
6 Propuestas de reforma	49
6.1 Opción por un sistema de plazo con asesoramiento previo: argumentos a favor de su conformidad con la Constitución	49
6.2 La conveniencia de una ley especial	53

6.3	El consentimiento de las embarazadas menores de edad	53
6.4	Regulación de la objeción de conciencia	59
Bibliografía	65

Siglas y abreviaturas

AP	Audiencia Provincial
art.	Artículo
ATS	Ayudante técnico sanitario
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BverfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal)
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
FJ	Fundamento jurídico
IVE	Interrupción voluntaria del embarazo
RD	Real decreto
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

El aborto en la legislación española: una reforma necesaria

Patricia Laurenzo Copello
Catedrática de Derecho penal.
Universidad de Málaga

La actual regulación de la interrupción voluntaria del embarazo se encuentra en un precario estado de provisionalidad.

La Ley Orgánica que aprobó el Código Penal de 1995 renunció a introducir los supuestos de despenalización en el nuevo cuerpo legal, aduciendo la necesidad de elaborar una ley especial en la que se contemplaran los múltiples aspectos derivados de la licitud de ciertos casos de aborto. Sin embargo, diez años después sigue vigente el antiguo art. 417 bis del CP derogado.

Esta situación, al margen de originar incoherencias internas en el modelo penal de protección de la vida intrauterina, perpetúa los defectos de un sistema despenalizador que se ha mostrado ineficaz para contener el constante incremento del número de abortos que se practican en España, al tiempo que es fuente de inseguridad jurídica tanto para el personal sanitario como para las propias mujeres que toman parte en una interrupción del embarazo en principio amparada por la ley.

Más allá de estas importantes deficiencias de funcionamiento, el sistema de indicaciones que consagra el art. 417 bis aparece como una opción político-criminal muy poco coherente con el espíritu general de reconocimiento y respeto de la autonomía de la mujer que sigue la actual legislación española, porque se trata de un modelo en el que la mujer es relegada a un papel meramente pasivo de peticionaria de una prestación médica, dejando la decisión sobre la oportunidad de la interrupción del embarazo en manos de terceras personas.

Todo ello apunta a la necesidad de ajustar la normativa en materia de aborto mediante la correspondiente reforma legal. Bien es verdad que desde hace algunos años se percibe una cierta normalidad en la ejecución de interrupciones del embarazo realizadas al amparo del art. 417 bis. Pero no es menos cierto que el sistema de indicaciones deja siempre abierta la posibilidad de un control judicial posterior a la intervención, cuyo impulso no necesariamente ha de venir de la mano de una investigación oficial, bastando

con la denuncia de un novio despechado, un marido indignado por el anuncio de separación de su mujer o unos padres contrarios al aborto de su hija menor de edad.

Entre los múltiples modelos que se conocen en el Derecho comparado como alternativas al ya obsoleto sistema de indicaciones, cada vez adquieren mayor protagonismo los que dejan la decisión última en manos de la mujer.

Entre ellos, resulta de particular interés el “modelo del asesoramiento” que ideó el legislador alemán como modo de conjugar los criterios básicos del sistema del plazo con las exigencias constitucionales de protección de la vida intrauterina.

Se trata de una vía adecuada para compatibilizar el deber del Estado de tutelar la vida en gestación –reconocido por nuestro Tribunal Constitucional– con el respeto igualmente debido a la libertad y dignidad de la mujer embarazada, porque la legalidad de la interrupción del embarazo solicitada por la mujer se hace depender aquí del paso previo por una fase de asesoramiento orientada a asegurar una decisión reflexiva de la embarazada en la que el aborto aparezca en todo caso como el último recurso para salir de su situación de conflicto.

Sobre estas bases, se propone una reforma integral del modelo español de despenalización de la interrupción del embarazo, cuyas líneas maestras son las siguientes:

- Elaboración de una ley especial que contenga el conjunto de medidas penales, administrativas y asistenciales destinadas a dar forma al sistema del asesoramiento. Ello sin perjuicio de la remisión de las normas estrictamente penales al correspondiente título del CP.
- Declaración de no punibilidad de la interrupción del embarazo solicitada por la mujer dentro de las doce primeras semanas de gestación, siempre que se ejecute por un médico, en un centro acreditado al efecto y mediante la presentación del certificado que acredite su paso por una fase de asesoramiento previo.
- Mantenimiento de las indicaciones terapéutica y embriopática, con el fin de hacer posible la interrupción del embarazo cuando, superadas las primeras doce semanas, se detecte un peligro grave para la vida o salud de la gestante o graves malformaciones en el feto.
- Modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de los derechos del paciente, con el objeto de dar relevancia, con carácter general, al consentimiento de las mujeres menores de edad que hayan cumplido los dieciséis años.
- Regulación específica de la objeción de conciencia, de cara a compatibilizar este derecho con los intereses legítimos de la mujer embarazada.

Introducción

Desde la entrada en vigor del CP de 1995, la regulación penal del aborto se encuentra en una precaria situación de provisionalidad. En contraste con los importantes avances del nuevo cuerpo legal en materia de aborto punible –como la sustancial atenuación de la pena para la mujer que presta su consentimiento a un aborto ilegal–, el legislador de 1995 optó por mantener intacto el reducido catálogo de supuestos de aborto no punible heredado de la legislación anterior, aunque sin cerrar las puertas a una posible ampliación futura del modelo despenalizador. Para alcanzar tan delicado equilibrio, la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, mantuvo de forma provisional la vigencia del art. 417 bis del CP derogado, al tiempo que en su Exposición de Motivos remitía a una futura ley especial destinada a marcar los nuevos parámetros del aborto permitido por la ley.

Casi diez años después, nada se ha avanzado en este camino, manteniéndose una situación de precariedad legal que sólo se explica por las múltiples connotaciones éticas, religiosas y políticas implicadas en el tema del aborto. De hecho, bastó el anuncio genérico al comienzo de la presente legislatura de una eventual ampliación del actual sistema de indicaciones para que se encendieran todas las alarmas, y los sectores antiabortistas rápidamente se pusieron en guardia.

Así las cosas, la legislación actual no sólo pone bajo pena el aborto realizado contra la voluntad de la mujer, sino también el consentido por ella en cualquier fase del embarazo –incluidos los primeros meses–, con la sola excepción de que concurra alguno de los tres supuestos contemplados en el art. 417 bis, entre los que ni siquiera figura la llamada indicación económico-social (o cuarto supuesto). Desde el punto de vista estrictamente técnico-jurídico, se trata de uno de los modelos más restringidos de los países europeos, como bien lo demostraron los numerosos procesos –y no pocas condenas– de los que fueron víctimas muchos médicos y mujeres durante los primeros años de puesta en marcha del sistema.

Afortunadamente, el transcurso del tiempo y el progreso de las valoraciones sociales sobre tan controvertido asunto consiguieron forzar interpretaciones judiciales cada vez más generosas del art. 417 bis, lo que en la práctica ha venido a desembocar en una cierta normalidad en la ejecución de interrupciones voluntarias del embarazo que poco tiene que ver con el contenido estricto de la ley. De hecho, desde la introducción del sistema de indicaciones en el año 1985, el número de abortos legales no ha dejado de crecer, al-

canzando la cifra de 79.788 en el año 2003, de los cuales el 97,15% se llevaron a cabo en centros privados acreditados al efecto¹.

La mejor prueba de la relativa normalidad que se ha alcanzado en los últimos años se encuentra en la drástica reducción del número de abortos clandestinos que tantas muertes de mujeres ocasionaran en otros tiempos. A salvo de algunos casos aislados –generalmente vinculados a situaciones de extrema marginalidad social–, los supuestos de aborto ilegal que llegan a los tribunales responden en términos generales al ejercicio de violencia física sobre la embarazada o al comportamiento imprudente de terceros, circunstancias ambas que dan lugar a interrupciones de la gestación no consentidas por la mujer. Los procesos relacionados con la irregular aplicación del art. 417 bis son cada vez más escasos, si bien no faltan condenas recientes por el incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos en la ley.

Con todo, es preciso tener en cuenta que esta relativa normalidad en la práctica de interrupciones del embarazo, lejos de ser una consecuencia natural de la legislación vigente, responde más bien a la confluencia de distintas voluntades que por caminos diversos han conseguido hacer una lectura generosa de un texto legal en sí mismo profundamente restrictivo.

Dos factores han contribuido básicamente a este resultado:

- a) Por un lado, ha sido determinante la decisión de las clínicas acreditadas para la práctica de IVE de realizar una interpretación amplia del supuesto de peligro para la salud psíquica de la embarazada, amparándose en las definiciones de la Organización Mundial de la Salud. Este organismo, en efecto, se aparta de la clásica identificación de la salud con la ausencia de alguna enfermedad para definirla, en cambio, como un estado general de bienestar bio-psico-social de la persona. Este modo amplio de concebir la salud ha venido a suplir en buena medida la tan demandada indicación económico-social, permitiendo encauzar la gran mayoría de situaciones de conflicto personal de las embarazadas a través de la indicación terapéutica fundada en el grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la mujer. De hecho, desde que se pusiera en marcha el sistema de indicaciones hace ahora veinte años, aproximadamente el 97% del total de intervenciones abortivas se ha justificado a partir de esta primera indicación².
- b) El otro factor decisivo ha sido el paulatino cambio de actitud de los distintos agentes del sistema penal, cada vez menos propensos –pese a la rigidez de la ley– a la investigación y persecución de interrupciones del embarazo sospechosas de incumplir alguno de los requisitos legales.

¹ Fuente: Ministerio de Sanidad y Consumo.

² Fuente: Ministerio de Sanidad y Consumo. Esta proporción se ha mantenido casi inalterable al menos desde principios de los noventa.

Pese a ello, distintos motivos apuntan a la necesidad de una profunda revisión del sistema de indicaciones vigente en España.

Ante todo, razones de estricta técnica jurídica aconsejan eliminar la provisionalidad que implica el mantenimiento de un único precepto de un Código Penal derogado en su integridad hace casi diez años. Y no sólo por motivos formales. El CP de 1995 introdujo importantes cambios valorativos que no están reflejados en el art. 417 bis, dando lugar a no pocas incongruencias que requieren inmediata solución.

Por otra parte, el sistema de indicaciones plantea serios problemas desde el punto de vista de la seguridad jurídica, ya que, por sus propias características, siempre deja abiertas las puertas a un posible control judicial posterior a la interrupción del embarazo destinado a constatar si concurrían efectivamente los presupuestos de la indicación que se hubiera alegado, con el riesgo consecuente de implicar en un proceso judicial a todos los partícipes en el aborto, incluida la propia mujer.

Pero, sobre todo, un modelo que basa la impunidad del aborto en la presencia de ciertas circunstancias objetivas tasadas por la ley, necesariamente deja la decisión última sobre la práctica de la interrupción del embarazo en manos de terceras personas, relegando a la mujer al papel de mera peticionaria de una intervención clínica. Se desconoce así la naturaleza altamente personal del conflicto que toda decisión de abortar implica para la embarazada, quedando en un segundo plano su derecho a decidir sobre la maternidad.

En el contexto de una legislación estatal y autonómica claramente volcada con el reconocimiento pleno de la posición autónoma de la mujer en la sociedad de nuestros días, parece imprescindible modificar este estado de cosas de cara a concederle mayor protagonismo en un aspecto tan directamente vinculado a su personalidad. Todo ello sin desconocer, lógicamente, el valor que nuestro ordenamiento concede a la vida en gestación.

De ahí la necesidad de ahondar en otros modelos de despenalización del aborto distintos del tradicional –y ya superado– sistema de indicaciones.

1. La situación legal del aborto en España

La regulación del aborto en la legislación penal española está dividida en dos partes bien diferenciadas según que atendamos al aborto prohibido por la ley o a los supuestos de impunidad.

En lo relativo al aborto punible, el vigente CP lo regula con todo detalle en sus artículos 144 a 146. Los casos de impunidad, en cambio, siguen regidos por el art. 417 bis del CP derogado, cuya vigencia se ha mantenido por la disposición derogatoria 1.a) de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que aprobó el nuevo cuerpo legal punitivo.

Por lo demás, la regulación específica del aborto permitido por la ley se completa con 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 resultó afectado por el RD 1277/2003, de 10 de octubre, relativo a las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios.

1.1 El aborto prohibido por la ley: características generales

El CP de 1995 introdujo cambios de mucho interés en las valoraciones político-criminales sobre las que se asienta el aborto prohibido, destacando, en particular, la importancia que otorga al sentido de la voluntad de la embarazada, sea para continuar la gestación o para interrumpirla. Las notables repercusiones de este factor a la hora de establecer la gravedad de la pena del delito de aborto ponen de manifiesto que por primera vez en la historia de la legislación penal española el ordenamiento punitivo ha decidido reconocer valor autónomo al derecho a la maternidad como un derecho personalísimo de la mujer capaz de graduar la reprochabilidad de la conducta abortiva.

Bien es verdad que el mantenimiento de la punición del aborto incluso cuando la embarazada libremente consiente su ejecución o se lo causa a sí misma deja totalmente claro que, como principio general, nuestra legislación da preferencia al valor de la vida del feto frente a la decisión de la mujer de interrumpir la gestación. Pero eso no significa que el sentido de su voluntad resulte irrelevante desde el punto de vista valorativo. Al contrario, la drástica reducción de las penas que prevé el CP de 1995 en todos los supuestos de aborto consentido por la mujer pone de manifiesto que su voluntad es un factor decisivo en la determinación de la gravedad del delito.

La primera muestra de ello se encuentra en la profunda diferencia de penas entre el aborto consentido (art. 145.1 CP) y el no consentido (art. 144 CP). Mientras el aborto consentido por la mujer está amenazado con una pena de prisión de uno a tres años que permite fácilmente eludir el ingreso en un centro penitenciario mediante los sustitutivos penales, el realizado contra su voluntad se castiga con prisión de cuatro a ocho años –más inhabilitación para el ejercicio de la profesión sanitaria que puede llegar hasta diez años–, lo que impide tanto su suspensión como la sustitución por otras penas menos aflictivas. Se demuestra así la gran importancia que concede nuestro ordenamiento al derecho de la mujer a decidir sobre su maternidad, un bien jurídico cuya lesión, añadida a la vida del feto, convierten al aborto en un delito grave.

El giro valorativo al que venimos haciendo referencia se manifiesta, sobre todo, en la especial levedad de la sanción prevista para la mujer que interviene en su propio aborto ilegal, sea consintiéndolo, sea provocándolo ella misma. Aunque no se llega a la recomendable impunidad plena de la embarazada, el CP de 1995 contempla por primera vez en la legislación española una rebaja sustancial de la pena cuyo fin no es otro que el de evitar en todo caso su ingreso en prisión. Para ello, el art. 145.2 CP establece como penas aplicables exclusivamente a la mujer la prisión de seis meses a un año o, alternativamente, una multa de seis a veinticuatro meses. Así, el juez tiene la oportunidad de optar directamente por una sanción de naturaleza exclusivamente pecuniaria o de condenar, en su caso, a una pena de prisión que por su escasa gravedad normalmente quedará en suspenso.

La otra gran novedad del modelo inaugurado en 1995 es la decisión de elevar a la categoría de delito tanto el aborto imprudente ocasionado por terceros (art. 146 CP) como las lesiones causadas al feto dentro del claustro materno de manera dolosa o imprudente (art. 157 CP), conductas todas ellas que eran impunes en la legislación anterior. Aunque se trata de medidas dirigidas a conceder una tutela penal más adecuada a la vida en gestación, no cabe duda de que al mismo tiempo consiguen reforzar 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.

Pero lo más interesante de estas nuevas figuras delictivas en la línea que aquí venimos señalando es la decisión político-criminal de no castigar a la embarazada que de forma imprudente causa su propio aborto o provoca lesiones al feto. Estas excepciones a la punibilidad suponen un destacado reconocimiento de la fuerte carga personal que implica para toda mujer la relación inescindible con el feto propia de cualquier embarazo, una situación que no sería legítimo sobrecargar aún más con la amenaza de sanciones penales. Por muy obvio que esto pueda parecer, la expresa declaración de impunidad que prevé el CP corrobora el cambio de valoraciones que sirven de base a la actual la regulación del aborto en nuestro país, entre las que destaca, como nunca hasta ahora, el reconocimiento de valor autónomo a la libertad de la mujer embarazada.

1.2 Los supuestos de impunidad del aborto: el art. 417 bis del derogado Código Penal

A) El sistema restringido de indicaciones: requisitos generales

El sistema de indicaciones es un modelo caracterizado por la prohibición general del aborto –sea o no consentido por la mujer– en todas las etapas de la gestación³, con la sola excepción de que concurra alguno de los supuestos expresamente definidos por la ley como base de una interrupción lícita del embarazo.

Estos supuestos legales se corresponden con situaciones fácticas donde la vida del feto entra en conflicto con ciertos intereses de la embarazada a los que el ordenamiento jurídico concede preferencia tras una estricta ponderación del conjunto de valores implicados. La principal peculiaridad del sistema de indicaciones reside en el carácter tasado y excepcional de estos supuestos de impunidad, de manera tal que el aborto sólo resulta justificado si en el caso concreto están presentes todos los componentes del conflicto que la ley de modo expreso ha definido. Se trata de un sistema de regla-excepción, dentro del cual la licitud del aborto consentido por la mujer aparece como una salvedad –siempre controlada y restringida– al principio general de reprochabilidad penal de las conductas relacionadas con la interrupción de un embarazo. Sobre estas bases, el art. 417 bis define tres supuestos que dan lugar a la justificación del aborto: el grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada (aborto terapéutico); el embarazo proveniente de ciertos delitos contra la libertad sexual (aborto ético); y la presunción de graves taras físicas o psíquicas en el feto (aborto eugenésico o embriopático).

La licitud del aborto así entendido se supedita a una serie de requisitos que por su contenido y finalidad pueden clasificarse en dos grandes grupos. Por una parte, se encuentran los requisitos materiales destinados a circunscribir el alcance del conflicto de intereses reconocido por la ley. Se trata, en general, del conjunto de presupuestos que dan forma a cada una de las tres indicaciones, así como de algún otro requisito general destinado a garantizar que nos encontramos ante una intervención efectivamente querida por la embarazada y sin consecuencias gravosas para su salud. Por otro lado, la ley contempla una serie de exigencias de naturaleza puramente formal, cuyo fin es asegurar la efectiva concurrencia de la indicación que se alega para interrumpir el embarazo.

Todos estos requisitos vienen definidos en el art. 417 bis, si bien algunos de ellos –sean de naturaleza material o formal– aparecen asociados a cada indicación en particular,

³ Siempre que se haya superado la etapa de “anidación” del embrión en el útero materno, momento que marca el inicio de la tutela penal de la vida humana intrauterina. La exigencia de la anidación permite dejar al margen de la prohibición penal ciertas prácticas habituales de control de la natalidad, como es el caso del dispositivo intrauterino y la llamada píldora del día después.

mientras que otros forman parte de las exigencias generales a las que se supedita cualquier interrupción lícita del embarazo.

Los requisitos generales son los siguientes:

a) Consentimiento expreso de la mujer embarazada

Este requisito pretende asegurar el derecho de la mujer a decidir sobre su maternidad, una potestad que se vería seriamente afectada si se diera la posibilidad a terceras personas de tomar por ella la decisión de provocarle un aborto. El ordenamiento jurídico viene a reconocer así, de forma explícita, la absoluta peculiaridad de la relación que el embarazo supone siempre entre la mujer y el *nasciturus*, una relación única e inescindible que obliga a atender en todo caso a la voluntad de la mujer, sea para interrumpir la gestación o para continuar con ella. Eso explica que incluso en casos de grave peligro para su vida la ley opte por respetar su voluntad, de manera tal que si ella decide afrontar el riesgo y no presta su consentimiento, la práctica del aborto será constitutiva de delito.

Bien es verdad que el art. 417 bis contempla la posibilidad de prescindir del consentimiento expreso en caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, pero eso no significa que pueda actuarse en contra de su voluntad. En estos casos entra en juego el llamado consentimiento presunto, en cuya virtud cabe la posibilidad de practicar un aborto sin la conformidad expresa de la mujer cuando exista un peligro inminente para su vida y ella no esté en condiciones de prestar el consentimiento –por estar inconsciente, por ejemplo–. Sin embargo, la licitud de esta práctica queda supeditada en todo caso a la ausencia de indicaciones que permitieran inferir la oposición de la embarazada a someterse a una interrupción del embarazo. De haber constancia de una voluntad contraria, desaparecerían las bases del consentimiento presunto y, con ello, el aborto se tornaría ilegal.

b) Ejecución por un médico o bajo su dirección

Dado que este requisito va dirigido a evitar riesgos innecesarios a la salud de la embarazada, parece razonable que el médico encargado de dirigir la intervención sea especialista en Ginecología y Obstetricia, como se infiere del RD 2409/1986, de 21 de noviembre, donde se requiere que los centros acreditados para la práctica de IVE cuenten entre su personal, como mínimo, con un médico de esa especialidad. Aún más claro queda este extremo en el reciente RD 1277/2003, de 10 de octubre, donde las unidades asistenciales de interrupción del embarazo se definen como aquéllas en las “que un médico especialista en Obstetricia y Ginecología es responsable de llevar a cabo la práctica del aborto terapéutico y eugenésico, en los supuestos legalmente permitidos”⁴.

⁴ Anexo II del RD 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios.

El art. 417 bis admite que el médico delegue la ejecución material de la intervención abortiva en algún miembro de su equipo, si bien a él corresponderá en todo caso la responsabilidad última de la buena práctica médica, como se deduce con toda claridad de la norma citada en el párrafo anterior. La jurisprudencia ha interpretado de modo restrictivo esta posible delegación, considerando que la exigencia legal no queda cubierta por el hecho de que el centro de interrupción del embarazo esté dirigido por un médico.

c) Ejecución en un centro sanitario autorizado al efecto

Los centros pueden ser públicos o privados. El RD 2409/1986 regula las condiciones de acreditación de estos centros sanitarios, distinguiendo entre abortos de bajo y alto riesgo. En este último caso, las exigencias son mucho más estrictas, lo que justifica que la mayoría de las intervenciones de estas características se ejecuten en centros públicos. Los abortos de bajo riesgo, por el contrario, son intervenciones de naturaleza ambulatoria que si se realizan de modo adecuado no tienen por qué plantear dificultades especiales para la mujer. De ahí que el ya mencionado RD 1277/2003 incluya a los centros de interrupción voluntaria del embarazo entre los “proveedores de asistencia sanitaria sin internamiento”.

En todo caso, los centros privados que pretendan dedicarse a esta actividad deben obtener la correspondiente autorización de la autoridad sanitaria competente, y quedan sometidos al régimen de inspección y control previsto en la Ley General de Sanidad. Los centros públicos, en cambio, resultan automáticamente acreditados siempre que reúnan las condiciones establecidas en el RD 2409/1986 para la ejecución de interrupciones del embarazo.

También este requisito puede considerarse dirigido, en primera línea, a garantizar la salud de la mujer, asegurándole las condiciones sanitarias adecuadas para la práctica del aborto. Así se infiere del art. 3º.2 del mencionado RD 2409/1986, según el cual “la acreditación quedará 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”.

Pero esta exigencia pretende, al mismo tiempo, mantener un estricto control sobre la naturaleza y características de los abortos que se ejecutan en nuestro país. La necesidad de acreditación previa, el deber de notificación de las IVE ejecutadas y la obligación de los centros de conservar todos los documentos relativos a cada intervención –historia clínica, dictámenes, informes, consentimiento escrito de la mujer– sientan las bases para facilitar los correspondientes controles de legalidad de los abortos ejecutados al amparo del art. 417 bis.

B) Contenido de las indicaciones y requisitos específicos

a) La indicación terapéutica

La indicación terapéutica se basa en la existencia de un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada. Es indispensable que el peligro no pueda

eliminarse de otra forma alternativa al aborto o, dicho al revés, que la interrupción del embarazo aparezca como el único modo idóneo para combatir el riesgo concurrente.

En la práctica, en torno al 97% del total de interrupciones del embarazo que se ejecutan en los centros acreditados se fundan en esta indicación, con claro predominio del riesgo para la salud psíquica. Ello justifica que la mayoría de los pronunciamientos judiciales relacionados con posibles infracciones del art. 417 bis se concentren precisamente en el alcance y contenido de este supuesto.

El reparo más usual de los jueces suele referirse a la ambigüedad de los dictámenes médicos a la hora de describir la sintomatología que da forma al peligro para la salud psíquica, así como a la falta de gravedad de la patología que se describe en algunos informes facultativos. Los estados genéricos de angustia o ansiedad, por ejemplo, han sido rechazados en ocasiones como posible fundamento de un aborto legal, por entender los tribunales que se trata de “afecciones nerviosas” o malestares propios del embarazo, insuficientes para fundamentar por sí solos la gravedad del peligro para la salud exigido por el art. 417 bis (véanse SSTs 1-4-98 y 14-12-92, entre otras).

Para aclarar estos extremos, es preciso distinguir al menos dos aspectos. Por un lado, a diferencia de lo que parecen entender los tribunales, ha de tenerse en cuenta que la base de la indicación terapéutica no es el deterioro presente de la salud psíquica de la embarazada, sino el peligro serio y fundado de que se produzca tal perjuicio en el futuro. En consecuencia, lo esencial para la licitud del aborto será el pronóstico serio y técnicamente fundado de futuros desequilibrios psíquicos derivados de la continuación del embarazo. No hace falta la constatación de un mal presente, sino un juicio de previsibilidad basado en las circunstancias concurrentes en el momento del diagnóstico. Y nada impide que entre esas circunstancias se tengan en cuenta aspectos tales como la excesiva juventud de la gestante, la falta de pareja, situaciones económicas especialmente adversas o cualquier otro aspecto semejante. Todo ello puede contribuir a dibujar un cuadro de angustia o ansiedad capaz de desembocar en un grave deterioro futuro de la normalidad psíquica de la embarazada. Sólo al especialista corresponde valorar estas circunstancias, sin que resulte admisible que *a posteriori* los tribunales pongan en duda la legitimidad de su diagnóstico.

Sin embargo, es cierto que la ley exige la gravedad del peligro, de donde se sigue que no basta cualquier previsible alteración psíquica leve o pasajera para justificar la interrupción del embarazo. Es preciso, como ha señalado el Tribunal Constitucional en su conocida sentencia 53/1985, 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” (FJ 10).

Para garantizar la efectiva concurrencia de todos estos elementos, el art. 417 bis exige un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico especialista distinto

del que ejecuta el aborto. Por “médico especialista” ha de entenderse el facultativo especializado en la dolencia que da origen al peligro para la vida o la salud. Por eso la jurisprudencia ha descartado la posibilidad de que el informe sea emitido por un ginecólogo, salvo, claro está, que el peligro se vincule a esa especialidad médica.

La expresa referencia legal no parece dejar margen para que el dictamen lo emitan otros profesionales de especialidades distintas a la medicina, lo que permite inferir que en el caso de riesgo para la salud psíquica de la mujer el facultativo competente será necesariamente un médico psiquiatra. Los tribunales han sido tajantes al declarar de modo reiterado la ilegalidad de los informes firmados por psicólogos (Laurenzo, 2000:5).

b) La indicación ética

La llamada indicación ética es la que en mayor medida pone en evidencia el desfase que supone la supervivencia en solitario de un precepto proveniente de una legislación penal ya derogada. Ello se debe a que el art. 417 bis remite aquí de modo directo a un precepto del antiguo CP, declarando la impunidad del aborto cuando “el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429”.

El problema es que el delito de violación ni está regulado ya en el art. 429 ni tiene el mismo contenido que le daba aquel precepto, lo que conduce a importantes incongruencias valorativas respecto al nuevo modelo de protección de la libertad sexual. Veamos por qué.

Como punto de partida, es preciso tener en cuenta que, conforme a la actual regulación, no todos los embarazos originados en un delito sexual pueden ser fundamento de un aborto indicado. Para fijar su alcance hay que atender al contenido del delito de violación tal como lo recogía el art. 429 del CP derogado, pues a él se remite de modo explícito el art. 417 bis. Sobre estas bases, el campo de la indicación ética queda limitado a los embarazos provenientes de una agresión sexual con violencia o intimidación o cuando, aun sin concurrir estas circunstancias violentas, la víctima es menor de doce años o se encuentra privada de sentido o padece una enajenación mental de la que abusa el agresor.

Por el contrario, quedan fuera del alcance de la indicación ética otra serie de delitos sexuales de los que igualmente puede derivarse un embarazo no querido por la mujer, como es el caso de las relaciones incestuosas, que tienen por causa una posición abusiva del autor.

Se trata de una tendencia restrictiva que, pese a su escasa razonabilidad, encontraba cierta lógica en el contexto valorativo del anterior CP, ya que los supuestos abarcados por la indicación ética venían a coincidir con los atentados a la libertad sexual más severamen-

te desvalorados por el ordenamiento, es decir, aquellos que conformaban la figura genérica de la violación.

Sin embargo, ese estado de cosas varió sustancialmente con la nueva formulación de los delitos sexuales que inauguró el CP de 1995. Conforme al actual sistema, los supuestos abarcados por la indicación ética ya no comparten la misma intensidad de reproche jurídico-penal, sino que se encuentran dispersos en figuras delictivas de diversa gravedad. Así, mientras el acceso carnal con violencia o intimidación permanece en la cúspide de las agresiones sexuales, dando lugar al delito de violación (art. 179 CP), los casos de acceso carnal con menor de 13 años o mujer privada de sentido o enajenada han pasado al ámbito de los abusos sexuales, compartiendo un nivel de gravedad intermedio con otros atentados a la libertad sexual (art. 181 CP).

Obviamente no sería legítimo conceder a estos cambios un efecto aún más restrictivo del alcance de la indicación que comentamos. La incongruencia resultante se manifiesta más bien en sentido contrario. Si se tiene en cuenta que casi todos los supuestos recogidos en el art. 417 bis –acceso carnal con menores de trece años, mujeres enajenadas o privadas de sentido– quedan ahora equiparados en gravedad con otros casos de abuso sexual –como el acceso carnal con prevalimiento, por ejemplo–, pierde toda lógica que sólo los primeros abran la posibilidad de practicar legalmente un aborto, dejando fuera muchas otras situaciones que reciben idéntica desvaloración penal. Si siempre se criticó la estrechez de la indicación ética al no incluir situaciones tan traumáticas como el embarazo proveniente de un acto sexual incestuoso, a la vista de las valoraciones imperantes en el nuevo Código esa limitación resulta sencillamente inexplicable.

En otro orden de cosas, esta indicación contiene un límite temporal, permitiendo el aborto sólo dentro de las doce primeras semanas de gestación.

Por otra parte, desde un punto de vista formal, la licitud de la indicación ética queda supeditada a la previa denuncia del delito sexual cuya concurrencia se alega como fundamento del aborto. Si bien esta medida se ideó con el fin de evitar posibles fraudes de ley, en la práctica se ha mostrado como un serio obstáculo para la aplicación de este segundo supuesto, ya que no es difícil imaginar la sobrecarga emocional que supone la renuncia a la intimidad para una mujer que acaba de quedar embarazada como consecuencia de un atentado a su libertad sexual.

En la práctica apenas se registran casos de IVE fundadas en esta indicación. Ello se debe, muy probablemente, a que la inmensa mayoría de los embarazos provenientes de delitos sexuales desembocan en graves padecimientos emocionales que permiten acudir a la indicación terapéutica por riesgo para la salud psíquica, una alternativa que se presenta mucho más accesible y menos exigente, al no poner a la embarazada en la situación de denunciar obligatoriamente el hecho violento del que ha sido víctima.

c) La indicación embriopática

La indicación embriopática –también llamada eugenésica⁵– recoge el supuesto de previsible taras físicas o psíquicas en el feto, es decir, anomalías genéticas o de otra clase que puedan manifestarse durante el embarazo o incluso después del nacimiento (Romeo Casabona, 2004:198). Las malformaciones han de ser graves, esto es, susceptibles de afectar de modo significativo y temporalmente persistente las capacidades del futuro niño.

El fundamento de la impunidad del aborto reside en este caso en la sobrecarga emocional, personal y económica que supone la maternidad cuando el hijo padece graves limitaciones físicas o psíquicas. Se trata de situaciones donde la libertad de la mujer se ve seriamente comprometida, dando lugar a un conflicto de particular intensidad que justifica sobradamente dejar en sus manos la decisión sobre la continuación o no del embarazo.

Nada tiene que ver esta indicación con pretendidas diferencias cualitativas entre los seres humanos en función de sus condiciones biológicas, como podrían recordar las habituales referencias a la eugenesia presentes en la denominación de este supuesto. No se trata de abrir una brecha que ponga en manos de la sociedad la decisión sobre el valor vital de los seres humanos, ni menos aún de establecer mínimos biológicos por debajo de los cuales la vida dejaría de estar protegida por el Derecho. Cualquiera de estas alternativas –sugeridas por algunos autores al analizar la indicación eugenésica– pondría en grave riesgo el valor paritario que la Constitución Española reconoce a toda vida humana sin diferencia alguna fundada en sus características externas o internas, al tiempo que suscitaría serios reparos éticos difíciles de superar.

La mejor prueba de que este tipo de argumentos es ajeno a la justificación del aborto embriopático se encuentra en la exigencia inexcusable del consentimiento expreso de la embarazada como presupuesto de la licitud de la intervención abortiva. Con ello la ley deja claro que no se trata de valorar la calidad de vida del futuro niño, sino de atender al posible conflicto personal que para una mujer puede suponer la perspectiva de un hijo con graves deficiencias. Si ese conflicto no se produce en el caso concreto o la mujer decide pese a todo afrontar la continuación del embarazo, la práctica del aborto se situará necesariamente en el plano de la ilicitud por muy severas que sean las malformaciones diagnosticadas.

Más allá del consentimiento materno, la licitud del aborto embriopático queda supeditada igualmente a otros requisitos expresamente establecidos en el art. 417 bis.

En primer lugar, la ejecución de la interrupción del embarazo ha de llevarse a cabo dentro de las veintidós primeras semanas de gestación. Se trata de un plazo particularmente

⁵ Esta denominación, pese a ser la más usual, tiene el inconveniente de recordar las inaceptables prácticas eugenésicas de ciertos regímenes totalitarios de otros tiempos. De ahí la conveniencia de optar por una terminología de mayor precisión técnica y menos cargada de aquel lastre histórico.

amplio, porque la fiabilidad de algunas pruebas diagnósticas destinadas a detectar posibles malformaciones prenatales requiere un cierta madurez en el feto.

Por otro lado, de cara a asegurar la efectiva presencia del peligro fetal y evitar así abortos innecesarios, la ley requiere el dictamen de dos especialistas pertenecientes a un centro acreditado al efecto, distintos de aquél o aquéllos que practiquen el aborto. La acreditación para emitir estos dictámenes es independiente de la que se concede a los centros para la práctica de interrupciones del embarazo y responde a exigencias asociadas al diagnóstico de malformaciones fetales. Aunque el art. 417 bis sólo habla de “especialistas”, el RD 2406/1986 –art. 6º– hace referencia a que el dictamen sea emitido por dos médicos, si bien la reglamentación administrativa no parece suficiente para restringir el alcance del CP. De ahí que deban considerarse igualmente lícitas las interrupciones del embarazo ejecutadas sobre la base de un informe elaborado por otra clase de especialistas, siempre que posean los conocimientos técnicos necesarios para realizar este tipo de diagnósticos y formen parte de un centro acreditado para emitir estos dictámenes.

C) Disfunciones formales y valorativas: falta de adecuación del modelo vigente a las nuevas líneas trazadas por el Código Penal de 1995

Todo sistema de indicaciones, por su propia esencia de regla-excepción, se funda en una estricta ponderación de los intereses concurrentes en cada una de las situaciones previstas por la ley. 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 esos 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.

Por eso, la decisión del legislador de 1995 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 de sostener.

Tal es el caso, como ya se ha visto, del limitado alcance de la llamada indicación ética, que de modo hoy inexplicable excluye la posibilidad de interrumpir legalmente un embarazo proveniente de un abuso sexual con prevalimiento (incesto, por ejemplo), mientras lo admite en otros supuestos de idéntica desvaloración jurídico-penal, como sucede con el acceso carnal con una menor de 13 años o con una mujer que padezca graves alteraciones psíquicas⁶.

Por razones similares, es difícil de entender que no esté contemplada la licitud del aborto cuando el embarazo tiene por causa la práctica no consentida por la mujer de técnicas de

⁶ Véase *supra*, apartado B) b).

reproducción asistida, siendo así que este tipo de comportamientos recibe hoy la severa reprobación del Derecho penal, hasta el punto de estar tipificados como delito con una pena grave que puede llegar hasta los seis años de prisión (art. 161.1 CP). Se produce la incoherencia de que una mujer cuyo embarazo responde a un hecho calificado como delito grave en nuestro ordenamiento, sin embargo, carece de reconocimiento legal para optar a la interrupción de esa gestación forzada. Es una prueba más del carácter obsoleto de un modelo despenalizador pensado a partir de unas circunstancias fácticas y de un sistema de valores ampliamente superados por la realidad en los últimos veinte años.

Tal vez se alegue que estas incongruencias bien pueden eludirse recurriendo a la siempre flexible indicación terapéutica, sin necesidad de cambio normativo alguno, sobre todo a la vista del amplio alcance que en la práctica se concede al peligro para la salud psíquica de la embarazada. Y ciertamente ese atajo es posible. Pero esto no cambia las cosas a la hora de emitir un juicio global sobre la adecuación y funcionalidad del actual modelo de indicaciones. Más allá de las soluciones fácticas que se puedan alcanzar con una interpretación amplia y posibilista del art. 417 bis, lo cierto es que una buena técnica legislativa y el debido respeto al principio de seguridad jurídica apuntan a la necesidad de una reforma del modelo despenalizador que adecue sus valoraciones a los criterios actualmente imperantes en la sociedad y en el ordenamiento normativo.

Y para alcanzar ese fin no parece suficiente con algunos ajustes más o menos secundarios de las tres indicaciones reconocidas en el art. 417 bis. Al contrario, los grandes cambios que vienen produciéndose en los últimos años en la consideración del rol de la mujer en nuestra sociedad y el paulatino reconocimiento de su derecho a forjarse un proyecto vital autónomo han de tener alguna repercusión en un aspecto tan íntimamente vinculado a su desarrollo como es la maternidad. Ya hemos visto que el CP de 1995 ha dado buena cuenta de ello al rebajar de modo notable la pena del aborto cuando la mujer consiente su ejecución⁷. Ahora parece llegado el momento de dar continuidad a esa misma línea en el plano del aborto no punible.

En ese contexto, un modelo tasado como el de indicaciones, en el que la voluntad de la embarazada aparece como un engranaje más dentro de un sistema que pone en manos de terceros la decisión última de interrumpir la gestación, no parece el más adecuado. El sistema de indicaciones ha de considerarse totalmente superado en las condiciones actuales, y es hora de indagar sobre otras alternativas despenalizadoras capaces de conceder mayor protagonismo a la mujer embarazada.

⁷ Véase *supra* apartado 1.1.

2. Algo de historia: el camino hacia la despenalización del aborto en España

2.1 El proceso hacia la despenalización parcial de 1985

Hasta el año 1985, fecha en la que se introdujo el art. 417 bis en el CP, el aborto era una práctica totalmente prohibida en España, lo que no impedía que se realizaran en torno a 100.000 interrupciones al año (Ibáñez y García-Velasco, 1992:37), según estimaciones siempre imprecisas, dado su absoluto secretismo.

Entre los efectos más graves de la clandestinidad cabe destacar, sobre todo, el alto número de muertes o serias lesiones que sufrían las mujeres como consecuencia de la falta de higiene o la impericia de quienes se dedicaban a estas prácticas, en muchos casos carentes de los mínimos conocimientos médicos requeridos al efecto. Unas consecuencias que en términos generales sufrían las personas de menos recursos económicos, puesto que las más adineradas recurrían al llamado “turismo abortivo”, amparándose en la legislación más benigna de otros Estados europeos, en particular de Inglaterra y Gales. Surgía así una clara desigualdad entre las mujeres españolas en el acceso a la interrupción del embarazo en condiciones sanitarias y personales mínimamente dignas.

Todas estas circunstancias, acompañadas de los importantes cambios políticos y sociales de finales de los años setenta, desembocaron en un movimiento ciudadano que demandaba modificaciones sustanciales en la legislación del aborto.

En marzo de 1983, el Gobierno presentó en las Cortes Generales el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del artículo 417 bis del CP, que en su redacción inicial ya contenía las tres indicaciones actualmente vigentes, aunque en una redacción mucho más parca y descargada del cúmulo de requisitos formales que hoy acompañan a los supuestos despenalizados.

La propuesta inicial del Gobierno no contentó a los grupos más activos en pro y en contra del aborto.

Los sectores conservadores lanzaron una dura campaña en contra del proyecto, basándose en una mezcla de valoraciones morales, religiosas y jurídicas que se concretaría poco

después en la presentación de un recurso previo de inconstitucionalidad firmado por 54 diputados.

Los grupos pro-abortistas más activos tampoco se conformaron con el modelo presentado por el Gobierno, criticando sobre todo la ausencia del llamado “cuarto supuesto”, destinado a recoger las circunstancias económico-sociales como fundamento de un aborto impune.

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, 1990:12).

En todo caso, el tortuoso camino que hubo de transitarse 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.

El 30 de noviembre de 1983, el Senado aprobó el texto definitivo del “Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal”, pero tan sólo unos días más tarde –el 2 de diciembre– se interpuso un recurso previo de inconstitucionalidad que dejaría paralizado el proyecto y desembocaría en la conocida sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional, a cuyo amparo se elaboró el texto que finalmente entró en vigor en el año 1985.

2.2 La sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional y su influencia en el actual modelo de indicaciones

Dos años después del inicio del complejo proceso de elaboración del art. 417 bis, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el recurso de inconstitucionalidad que había paralizado el proyecto de despenalización parcial del aborto. Este pronunciamiento del máximo órgano de garantías vino a establecer las líneas básicas que sirvieron para elaborar poco después el texto definitivo aprobado por las Cortes Generales en 1985.

Si bien la sentencia 53/1985 declaró inconstitucional el Proyecto de 1983, es imprescindible tener en cuenta que no lo hizo “en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto”, sino por carecer de las garantías suficientes para asegurar una tutela adecuada de la vida en gestación más allá de los casos permitidos por la ley. En otros términos: el

Tribunal Constitucional admitió la legitimidad de las tres indicaciones recogidas en el art. 417 bis, pero a condición de que se incluyeran una serie de exigencias formales destinadas a evitar la práctica de abortos fuera de los casos indicados.

Pero la importancia de esta sentencia no se limita a la formulación concreta del 417 bis. En su larga relación de fundamentos jurídicos, el Tribunal Constitucional realizó una pormenorizada interpretación del contenido y alcance del artículo 15 de la Constitución y de las consecuencias que de él se derivan de cara a la tutela de la vida anterior al nacimiento, estableciendo así un marco de legitimidad que necesariamente habrá de tenerse en cuenta en cualquier futura modificación del régimen legal de la interrupción del embarazo.

Las ideas esenciales que expuso el Tribunal Constitucional de cara a dibujar ese marco de legitimidad son las siguientes:

- La vida humana anterior al nacimiento “es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de nuestra norma fundamental”. Dado que la vida humana es un proceso que comienza con la gestación y termina con la muerte –argumentó el TC–, sería ilógico desprotegerla en cualquier etapa de su evolución, incluida la fase de desarrollo embrionario y fetal que, además, constituye una condición imprescindible para la posterior vida independiente.
- La 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” y que, dado su carácter fundamental, “incluya también, como última garantía, las normas penales” (FJ 7). En otras palabras: la condición de bien jurídico constitucional que se reconoce a la vida fetal obliga al Estado a concederle una tutela jurídica adecuada que en alguna medida alcance al Derecho penal. Ello no significa, sin embargo, que la vía penal deba ser la única forma de tutela, ni siquiera la preferente. Lo esencial es que del ordenamiento jurídico en su conjunto, incluido el ordenamiento punitivo, pueda inferirse con claridad una política pública dirigida a asegurar el respeto de la vida en gestación.
- La protección de la vida anterior al nacimiento no tiene carácter absoluto. De ahí la posibilidad de dar preferencia a otros bienes igualmente amparados por la Constitución que eventualmente puedan entrar en conflicto con la vida fetal, como es el caso de ciertos intereses básicos de la mujer –vida, salud, libertad, dignidad–, cuyo respeto en algunas circunstancias no deja otra salida que la interrupción del embarazo.
- Frente a estas situaciones de conflicto, el ordenamiento jurídico ha de decidir a favor de alguno de los bienes enfrentados, basándose para ello en la correspondiente ponderación del conjunto de circunstancias concurrentes, sin que en ningún caso pueda admitirse la preferencia general y absoluta de alguno de los intereses sobre el otro: ni la

vida intrauterina puede prevalecer incondicionalmente frente a los intereses de la embarazada –dijo el TC–, “ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del *nasciturus*” (FJ 9).

- Consecuentemente, la legitimidad de cualquier sistema de despenalización del aborto dependerá al menos de dos extremos: que la desprotección penal de la vida en gestación se funde en el principio de ponderación de intereses, y que ello no implique su desprotección total por parte del ordenamiento jurídico.

Ninguna de estas premisas cierra las puertas a un modelo más amplio de despenalización del aborto. Ni tampoco a la posibilidad de encauzar los supuestos de impunidad a través de otras alternativas distintas del sistema de indicaciones. Hasta ahora el TC sólo se ha pronunciado sobre el modelo de indicaciones, porque es la materia que se sometió a su consideración, pero nada hay en sus argumentos jurídicos que impida postular la legitimidad de otras alternativas despenalizadoras. En este punto todavía permanecen abiertas casi todas las posibilidades, con exclusión, eso sí, de aquellos modelos extremos que proponen la total desaparición del delito de aborto consentido o la instauración de un sistema puro del plazo en el que se otorga preferencia, de modo absoluto, a la voluntad de la mujer.

En todo caso, el texto del actual art. 417 bis es claramente deudor de la sentencia que acabamos de comentar. La línea que abrió este pronunciamiento judicial al reconocer la posibilidad de dar preferencia a ciertos intereses de la mujer sobre la vida del feto sirvió de telón de fondo para impulsar la definitiva reforma de la regulación penal del aborto, si bien se introdujeron importantes modificaciones al proyecto original que respondían igualmente a las exigencias del TC.

De ahí proviene el conjunto de requisitos formales destinados a asegurar la efectiva concurrencia de los supuestos indicados y el estricto control de los abortos ejecutados al amparo del art. 417 bis –acreditación de los centros ejecutores, dictámenes, denuncia, etc.–, requisitos todos ellos que el alto tribunal consideró imprescindibles para prevenir la destrucción de la vida intrauterina fuera de los casos permitidos por la ley.

3. La interrupción voluntaria del embarazo en la sociedad y en los tribunales

3.1 Algunas cifras

El número de interrupciones del embarazo ha ido en aumento desde que entrara en vigor el art. 417 bis CP, sin que el paso de los años y la paulatina normalización en la práctica de abortos lícitos haya conseguido detener esa tendencia al alza.

Como es lógico, durante la etapa de adaptación y puesta en marcha del nuevo modelo despenalizador el proceso de crecimiento fue particularmente marcado, contrastando de forma nítida las 467 IVE notificadas por los centros acreditados en 1986 con las 16.766 que se computaron sólo un año más tarde (1987)⁸.

Si se toman como referencia los diez primeros años de aplicación del artículo 417 bis –entre 1985 y 1995–, la tendencia alcista seguramente puede explicarse por la paulatina normalización de la ejecución de abortos legales en España, que dejó atrás un período inicial marcado por un alto número de denuncias y procesos judiciales por presunta ilegalidad de las interrupciones del embarazo. A medida que se iba ganando en seguridad jurídica, las mujeres fueron mostrando mayor confianza en el sistema y poco a poco abandonaron el recurso al aborto clandestino. Así lo demuestra la relación inversamente proporcional que sufrió el llamado “turismo abortivo”, que descendió drásticamente durante los años ochenta, pasando de 22.002 abortos de mujeres residentes en España registrados en Inglaterra y Gales en el año 1983 a tan sólo 1.332 en 1989⁹.

Sin embargo, los datos indican que la incidencia del aborto en la población femenina no se ha estabilizado con la normalización de la práctica de interrupciones del embarazo en nuestro país. Al contrario, la tendencia sigue siendo ascendente hasta la actualidad, como se observa en la Tabla 1. Así, mientras en 1995 se registraron un total de 49.367 abortos, lo que supone una tasa de 5,53 por cada mil mujeres con edades comprendidas entre 15 y 44 años, en 2000 esa tasa se elevó a 7,14, siendo el número total de IVE para ese año de 63.756; y en 2003 el signo sigue siendo alcista, con un registro de 79.788 abortos y una tasa de 8,77 por mil mujeres entre 15 y 44 años.

⁸ Fuente: Informe del Gobierno a las Cortes Generales (1991).

⁹ Fuente: Informe del Gobierno a las Cortes generales (1991).

Tabla 1. Evolución de la interrupción del embarazo en España

	Centros que notificaron IVE	Total IVE	Tasa por mil mujeres entre 15 y 44 años
1993	95	45.503	5,15
1994	101	47.832	5,38
1995	102	49.367	5,53
1996	106	51.002	5,69
1997	115	49.578	5,52
1998	117	53.847	6,00
1999	123	58.399	6,52
2000	121	63.756	7,14
2001	121	69.857	7,66
2002	124	77.125	8,46
2003	128	79.788	8,77

Fuente: Ministerio de Sanidad y Consumo.

Esa tendencia constante al alza se confirma igualmente si se fija la atención en la tasa de abortos sobre el total de embarazos y no sobre el conjunto de mujeres en edad fértil, porcentaje que ha sufrido una variación nada menos que de 62,89% entre 1990 y 2002.

Tabla 2. Proporción de abortos sobre embarazos (mujeres entre 15 y 49 años)

	1990	1995	2002	Variación 1990 - 02
Total de España	8,46	11,92	13,77	62,89

Fuente: Delgado y Barrios, 2004.

Particularmente significativo es el incremento del aborto entre las mujeres más jóvenes. Como pone de manifiesto el reciente estudio de Delgado y Barrios (2004), en los últimos años más del 42% del total de interrupciones del embarazo corresponden a mujeres entre 15 y 24 años de edad. Especial intensidad se observa en el recurso al aborto entre las jóvenes de 15 a 19 años, que prácticamente se ha duplicado en una década, pasando de 5.441 IVE en 1991 a 9.918 en 2001. Si a este dato se añade el fuerte descenso de la población femenina adolescente causado por el envejecimiento general de la población española, el resultado es una importante intensificación del recurso al aborto entre las mujeres de edades más tempranas, muchas de ellas menores de edad (Delgado y Barrios, 2004).

Una causa probable de este fenómeno se encuentra en la normalización de la vida sexual de los jóvenes, un proceso que ha venido a coincidir temporalmente, en términos generales,

con la legalización del aborto en España. Diversos estudios de los últimos años revelan que las mujeres se inician cada vez más jóvenes en las relaciones sexuales, con el riesgo consiguiente de quedar embarazadas. Si a ello se une que, según datos de 1999, el 79,93% de las adolescentes entre 15 y 19 años declara no haber utilizado nunca un método anticonceptivo¹⁰, no es difícil deducir la importante incidencia del aborto en este segmento de edad.

Otro dato significativo es el aumento de la “tasa de reincidencia” entre las mujeres de todas las edades, esto es, el incremento del número de mujeres de se someten a más de un aborto durante su vida fértil (Delgado y Barrios, 2004).

Este último dato, junto al incremento general del recurso a la interrupción del embarazo entre las mujeres españolas, ponen de manifiesto que el actual sistema de indicaciones no está favoreciendo 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 que decidan de modo autónomo y reflexivo seguir adelante con un embarazo que en principio puede presentarse poco oportuno. Ello es propio de un sistema que deja en manos de terceros la decisión sobre la posibilidad de interrumpir un embarazo sin consecuencias penales, transmitiendo a la mujer la sensación de ser un factor puramente pasivo que se limita a presentar una solicitud y prestar posteriormente su consentimiento para una intervención clínica.

Por lo que se refiere a las causas que motivan las interrupciones del embarazo, es absoluto el protagonismo de la indicación terapéutica. Prácticamente desde los inicios del proceso despenalizador, en 1985, el riesgo para la salud física o psíquica de la mujer ha constituido la principal causa alegada para justificar los abortos amparados por la ley, acaparando, con pocas variaciones, alrededor del 97% del total de IVE registradas.

Los restantes casos corresponden, en general, al supuesto de riesgo de malformaciones en el feto, una indicación que con el tiempo va adquiriendo más importancia, aunque siempre muy lejos del supuesto terapéutico (véase Tabla 3). El total predominio del riesgo para la salud materna –sobre todo la salud psíquica– queda fuera de duda si se tiene en cuenta que en la última época ha llegado a superar el 99% de IVE practicadas a mujeres menores de 25 años de edad (Delgado y Barrios, 2004).

El supuesto de embarazos provenientes de una agresión sexual (indicación ética) carece de relevancia en la práctica, seguramente porque estos casos suponen al mismo tiempo un grave perjuicio para la salud psíquica de la embarazada que permite acudir a la menos exigente indicación terapéutica. Téngase en cuenta que, como ya se dijo, la indicación ética requiere la denuncia de la violación como presupuesto indispensable para la licitud de la intervención abortiva, una exigencia que no pocas veces coloca a la mujer en un difícil dilema emocional que puede eludirse fácilmente mediante el recurso a la primera indicación.

¹⁰ Fuente: Dirección General de Salud Pública. Ministerio de Sanidad y Consumo.

Tabla 3. Causas de la interrupción del embarazo*

	Salud física o psíquica de la madre	Riesgo fetal
1993	98,27	1,58
1995	97,91	1,64
1997	97,79	2,08
1999	97,22	2,47
2001	97,16	2,53
2003	96,89	2,83

*No se proporcionan datos sobre la indicación ética.

Fuente: Ministerio de Sanidad y Consumo.

Otro factor a tener en cuenta es el relativo a la **etapa del embarazo** en la que habitualmente se practican los abortos. Según los datos disponibles, desde los inicios del modelo de indicaciones, en torno al 90% de IVE se viene ejecutando de manera constante dentro de las primeras doce semanas de la gestación. En la época inicial anterior a 1991, este porcentaje se elevó hasta el 95%¹¹, y en los años posteriores poco han variado las cosas. Así, en 2003, el 63,52% de IVE se efectuó con ocho semanas o menos de gestación, y el 25,36% en el período entre las nueve y las doce semanas¹², lo que da un total de casi el 89% de intervenciones en el primer trimestre del embarazo.

En otro orden de cosas, resulta muy significativa la distribución en función del **tipo de centros** donde se ejecutan abortos legalmente autorizados. Alrededor del 97% del total de intervenciones se viene realizando de forma constante en centros privados acreditados, siendo en su inmensa mayoría centros extrahospitalarios, esto es, establecimientos autorizados para la ejecución de IVE que no impliquen alto riesgo para la mujer ni superen las doce semanas de gestación (art. 1º RD 2409/1986). El escaso 2,8% de abortos que se efectúan en centros públicos responde en general al perfil de interrupciones de alto riesgo, sea por las complicaciones inherentes a la intervención o por la etapa avanzada del embarazo.

Tabla 4. Distribución según tipo de centro donde se practicaron IVE

	Centros públicos % sobre total	Centros privados % sobre total	Privados hospitalarios %	Privados extrahospitalarios %
2003	2,85	97,15	10,13	87,02
2000	2,37	97,63	8,91	88,72
1995	2,67	97,33	7,13	90,20

Fuente: Ministerio de Sanidad y Consumo.

¹¹ Fuente: Informe del Gobierno a las Cortes Generales (1991).

¹² Fuente: Ministerio de Sanidad y Consumo.

En resumen, las interrupciones del embarazo que se practican en España al amparo del art. 417 bis responden a un modelo muy nítido, centrado en el riesgo para la salud –psíquica– de la mujer y cuya ejecución se lleva a cabo en un centro privado extrahospitalario dentro de las doce primeras semanas de gestación. En otros términos: abortos de bajo riesgo basados en circunstancias estrechamente vinculadas al bienestar personal de la embarazada.

Esta última conclusión se ve reforzada por el perfil de las embarazadas que abortan en nuestro país, que nos presenta a una mujer soltera, en torno a los 26 años de edad, con estudios de nivel medio, sin hijos y con ingresos propios –salvo en el segmento de adolescentes, donde lógicamente predominan las estudiantes– (Delgado y Barrios, 2004).

De todo ello se infiere que en la práctica se ha 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.

De ahí la impresión en parte de la opinión pública de la falta de necesidad de cualquier modificación en la regulación legal del aborto. No son pocos quienes entienden, en efecto, que el intento de cambiar el actual sistema de indicaciones vendría a reabrir inútilmente el debate y la confrontación por motivos éticos y religiosos, perjudicando la actual situación de normalidad.

Sin embargo, esta línea de pensamiento pierde de vista que mientras permanezca vigente un sistema que oculta la decisión de abortar de la embarazada tras diversas causas más o menos ficticias relacionadas con factores externos –sea su salud o las condiciones del feto–, la mujer queda relegada a un papel pasivo de mera peticionaria de una intervención médica cuya pertinencia y legalidad es decidida por otros, una situación que favorece las decisiones apresuradas y muchas veces irreflexivas, a la vez que perturba de modo severo el derecho de autodeterminación que a toda persona corresponde cuando se trata de su intimidad.

Sólo una renuncia mucho más general al reproche punitivo puede asegurar un ambiente propicio para trabajar con la mujer embarazada y ayudarla a tomar una decisión reflexiva y madura, sea la de interrumpir la gestación o la de seguir adelante con ella, única garantía para emprender las necesarias campañas de concienciación que reviertan la imparable tendencia alcista en la cifra de abortos anualmente registrados en España.

3.2 La evolución en la jurisprudencia: principales causas de condena por abortos supuestamente amparados en el art. 417 bis

Basta una rápida revisión de la jurisprudencia de los últimos veinte años relativa al aborto para comprobar que con el paso del tiempo ha descendido de forma drástica el número de sentencias que tienen por objeto la posible infracción del art. 417 bis.

En el período inicial de aplicación del actual modelo de indicaciones, proliferaron las denuncias por supuesto incumplimiento de las condiciones legales que justifican una interrupción del embarazo, y no fueron pocos los médicos –e incluso algunas mujeres– que se vieron implicados en procesos judiciales por esta causa. Sin embargo, con el transcurso de los años, y a medida que la beligerancia de los grupos antiabortistas fue cediendo terreno a posiciones más matizadas, la jurisprudencia dejó atrás su inicial actitud de recelo y desconfianza y poco a poco fue consolidando una interpretación menos rígida del art. 417 bis, que ha venido a desembocar en la reducción del número de condenas por aborto ilegal.

A ello ha contribuido igualmente una actitud mucho más abierta de los agentes del sistema penal encargados de la investigación y persecución de delitos –en particular, policía y fiscalía–, para quienes las clínicas acreditadas en la ejecución de IVE hace tiempo que han dejado de ser un foco constante de sospecha. En la actualidad, la mayoría de denuncias por presunto aborto ilegal que llegan a los tribunales proviene más bien del entorno de la propia embarazada, sean los padres de una menor disconformes con el aborto realizado sin su consentimiento, sean novios despechados, maridos en vías de separación o antiguos convivientes que utilizan la vía penal como instrumento de venganza por la ruptura de la pareja.

En general, los pronunciamientos judiciales relacionados con el art. 417 bis tienen por objeto la verificación del efectivo cumplimiento de los múltiples requisitos formales a los que la ley supedita la ejecución de un aborto indicado, ocupando un papel primordial, como no podía ser de otro modo, dado su absoluto predominio en la práctica, las exigencias vinculadas con la indicación terapéutica.

Destacan, en esta línea, los defectos formales que la jurisprudencia detecta con frecuencia en los **dictámenes** emitidos con motivo de la evaluación del peligro para la salud psíquica de la embarazada. Dos son las razones principales por las que se produce el rechazo judicial de estos informes: bien por la forma en que se realizan, bien por la falta de adecuación de la persona que lo emite.

En cuanto a la forma de realización de los dictámenes psiquiátricos, la jurisprudencia rechaza aquellos informes que se limitan a describir síntomas más o menos genéricos –angustia, ansiedad, insomnio, etc.–, sin especificar las circunstancias determinantes del peligro para la salud de la mujer y la correlativa necesidad de la interrupción del embarazo. “No basta –dice el TS en su sentencia de 1 de abril de 1998– con referirse a un indeterminado e inconcreto riesgo en base a una sintomatología confusa”, sino que es preciso “un estudio completo de la embarazada, con los datos relevantes de antecedentes personales y familiares en el campo de lo psicopatológico”, para deducir de ahí el posible riesgo para su salud psíquica derivado de la continuación del embarazo. Por esa misma razón, los tribunales suelen considerar insuficientes las entrevistas sumarísimas que realizan algunos centros acreditados antes de emitir el correspondiente dictamen.

En lo relativo a las personas autorizadas para emitir el informe, la jurisprudencia se ha mostrado estricta a la hora de exigir que se trate de un médico distinto del que ejecuta la intervención abortiva y que, además, sea especialista en la dolencia que se alega como fundamento de la indicación.

Son frecuentes las sentencias que declaran la ilegalidad del aborto terapéutico cuando el informe lo emite un psicólogo. En esta línea, el TS, alegando el sometimiento del juzgador al principio de legalidad, recuerda que “está en juego la presencia de un interés tan 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 (*sic*) de que ciertamente existe ese grave peligro para la madre que justifica la no punibilidad del aborto” (STS de 26 de octubre de 2000).

Razones similares explican la negativa de los tribunales a admitir los dictámenes emitidos por un médico especialista en Ginecología y Obstetricia cuando lo que se alega es un peligro para la salud psíquica de la madre, ya que carecería de los conocimientos necesarios para realizar este tipo de diagnóstico (véase, por ejemplo, STS de 14 de diciembre de 1992).

Igualmente tajante se ha mostrado la jurisprudencia a la hora de rechazar los dictámenes elaborados por el mismo médico que posteriormente ejecuta la intervención abortiva. Argumentan los jueces 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 (STS de 1 de diciembre de 1992).

Pero más allá de estos casos en los que la infracción de ley es casi evidente, lo cierto es que los tribunales se esfuerzan cada vez más por buscar soluciones susceptibles de reducir al máximo las condenas por abortos ejecutados al amparo del art. 417 bis.

Un buen ejemplo de ello es el giro que ha experimentado la doctrina jurisprudencial a la hora de evaluar la responsabilidad del médico que ejecuta un aborto amparándose en un dictamen psiquiátrico que más tarde se demuestra carente de todo fundamento. En una primera época, los tribunales se inclinaron por condenar al médico ejecutor al entender que le correspondía un deber personal de valoración y juicio del contenido y corrección técnica del informe (STS 1-04-1998). Sin embargo, una reciente sentencia del TS viene a modificar de forma sustancial este punto de vista, por considerar aplicables aquí las reglas del error de prohibición, en cuya virtud ha de quedar exento de pena quien actúa en la creencia invencible de estar obrando lícitamente. Si el dictamen está revestido de las formalidades propias de este tipo de documentos y es emitido por un especialista, dice el TS, existen razones fundadas para que el ginecólogo encargado de la ejecución del aborto confíe en la exactitud de su contenido, motivo por el cual ha de entenderse que actúa con la convicción de estar amparado por el art. 417 bis y, en con-

secuencia, su conducta no puede ser castigada por el Derecho penal (STS de 13 de noviembre de 2003).

A la misma figura del error de prohibición había acudido ya el TS para reducir de modo notable la pena de dos médicos que practicaron un aborto amparándose en un dictamen emitido por una psicóloga tras haber interpuesto una consulta formal a las autoridades administrativas sobre la admisibilidad de este tipo de informes provenientes de profesionales sin titulación médica. Si bien en este caso se consideró que los médicos se habían apresurado al ejecutar la interrupción del embarazo antes de recibir respuesta del Ministerio de Sanidad, de todos modos el tribunal tuvo en cuenta su actitud dubitativa y les concedió el beneficio de una importante atenuación de la pena (STS de 19 de septiembre de 2000).

Estos pocos ejemplos corroboran la posición cada vez más matizada de los tribunales a la hora de evaluar la posible ilicitud de aquellos supuestos de aborto consentido que se llevan a cabo en clínicas autorizadas y con expresa alegación de alguna de las indicaciones contenidas en el art. 417 bis. Sin embargo, por muy bienintencionada que sea la actitud de los aplicadores del Derecho, la propia naturaleza del sistema de indicaciones deja siempre abiertas las puertas a un posible control de legalidad, y nada impide que ante una denuncia más o menos interesada, los partícipes en una interrupción del embarazo se vean sometidos a la correspondiente indagación judicial.

3.3 El tratamiento de la mujer en los tribunales: la tendencia a su impunidad

La tendencia general de los tribunales de justicia a reducir al máximo las condenas por aborto ilegal a los profesionales de la medicina que participan en este tipo de intervenciones es aún más drástica cuando de la propia embarazada se trata.

Si bien el sistema vigente permite el castigo de la mujer por el solo hecho de consentir la ejecución de un aborto ilegal, lo cierto es que la ley reduce desde el principio su responsabilidad al declararla exenta de pena cuando se incumplan los requisitos del centro acreditado y la correspondiente emisión de los dictámenes médicos (art. 417 bis.2). Ello se debe a que estas exigencias no tienen que ver con la situación de conflicto que justifica materialmente el aborto, sino con la finalidad de evitar la ejecución de IVE fuera de los casos permitidos por la ley. De ahí que sea un deber atribuible a quienes son responsables de velar por la efectiva concurrencia de los supuestos legales y no a la mujer que se somete a la intervención abortiva.

Pero más allá de estas restricciones generales, los encargados de la aplicación del Derecho se han mostrado propensos a mantener a la embarazada al margen del sistema penal.

Así, no son pocos los procesos por presunta infracción del art. 417 bis en los que la mujer ni siquiera figura como inculpada en la causa, pese a que una aplicación estricta de la ley permitiría dirigir también contra ella la correspondiente acción penal.

Y en los escasos supuestos en los que resulta procesada, los tribunales han consolidado el recurso a la figura del error de prohibición invencible para asegurarle la impunidad. En esta línea, ha argumentado el TS que una mujer que acude a un centro acreditado y recibe un dictamen favorable a la práctica del aborto no tiene por qué sospechar que se esté incumpliendo la legalidad, motivo por el cual no se le pueden exigir comprobaciones adicionales destinadas a asegurarse la efectiva concurrencia de la correspondiente indicación, y ha de partirse de que actúa en la “creencia fundada y por tanto invencible de estar obrando lícitamente al prestar su consentimiento para el cese de la gestación” (STS 7-2-1996).

Si bien esta tendencia jurisprudencial ha de acogerse con satisfacción en tanto evita la condena de la embarazada por la intervención en su propio aborto, ello no ha de ocultar que la solución hallada por los tribunales no hace sino “disculparla” por su participación en un hecho antijurídico cuya ilicitud desconoce. Este resultado pone de manifiesto una vez más la ineptitud de un sistema de despenalización del aborto en el que la mujer ocupa un papel puramente pasivo, siempre a expensas de las valoraciones que sobre sus actitudes y conocimientos realicen terceras personas.

4. Los defectos del modelo vigente en España

4.1 Inseguridad jurídica

El claro proceso de flexibilización que experimentó la jurisprudencia en los últimos años ha contribuido de modo decisivo a normalizar la práctica de abortos en casi todo el territorio del Estado español. Sin embargo, ni siquiera la asunción de los más amplios criterios de interpretación del art. 417 bis por el conjunto de agentes del sistema penal podría garantizar plena seguridad jurídica a cuantas personas toman parte en una interrupción voluntaria del embarazo, y ello porque las auténticas claves de la falta de seguridad jurídica se encuentran en las características intrínsecas del sistema de indicaciones.

Para desvelar esas claves, es preciso tener en cuenta que nos encontramos ante un clásico modelo de regla-excepción, dentro del cual la regla es la ilegalidad del aborto, sólo excepcionalmente truncada por la presencia de ciertos supuestos de colisión de intereses predeterminados por el legislador. El ámbito de licitud de la interrupción del embarazo queda así preestablecido por la ley a través de la descripción de una serie tasada de situaciones de conflicto cuyas características y condiciones se explicitan en el art. 417 bis, de ahí que resulte consustancial al sistema la posibilidad del control judicial posterior a toda intervención en la que se alega la presencia de alguna de aquellas situaciones indicadas. No resultaría serio limitar la justificación del aborto a ciertos supuestos legalmente tasados y al mismo tiempo impedir a los jueces que comprueben si esos supuestos concurren o no en el caso concreto. Mientras la licitud del aborto dependa de un conjunto de circunstancias predeterminadas por la ley, los tribunales han de conservar necesariamente su legítima facultad para verificar si los participantes en la intervención han permanecido dentro de esas fronteras. Cualquier otra conclusión iría en contra de las bases mismas del Derecho penal, y sería tanto como negar a los jueces, por ejemplo, la facultad para constatar la concurrencia de los requisitos de la legítima defensa cuando una persona lesiona a otra alegando esa causa.

Por eso, en un modelo de indicaciones, sea cual fuere su alcance –también si se añade un cuarto supuesto–, los que participan en la interrupción de un embarazo siempre se encuentran a expensas de un posible –y legítimo– control judicial posterior, con el consiguiente riesgo de encontrarse con valoraciones divergentes de los peritos o del propio juzgador a la hora de evaluar la efectiva concurrencia de la indicación alegada.

Este peligro se hizo patente sobre todo en la primera época de aplicación del artículo 417 bis, en la que proliferaron denuncias contra centros acreditados para la práctica de IVE basadas en la “incorrecta alegación” de la indicación terapéutica por peligro para la salud psíquica de la embarazada, bien fuera por no resultar probada la relación de causalidad entre el embarazo y el riesgo para la salud, bien por discutirse la necesidad de la práctica del aborto para contrarrestar ese peligro¹³. La intervención judicial ante esta clase de denuncias es sencillamente inevitable, ya que el sistema de indicaciones atribuye la responsabilidad para decidir sobre la concurrencia del conflicto a un tercero imparcial distinto de la embarazada, una tarea que en principio corresponde al médico ejecutor, pero que en caso de duda indiscutiblemente se traslada al juez.

Por eso, ni siquiera una interpretación judicial amplia y flexible del alcance de la indicación terapéutica es suficiente para garantizar la seguridad jurídica de quienes toman parte en una interrupción voluntaria del embarazo. Sin duda, este tipo de interpretaciones aleja las posibilidades de resultar **condenado** por aborto ilegal, pero no así el riesgo de verse inmerso en una investigación judicial, porque ante la interposición de una denuncia convenientemente fundamentada que origine dudas sobre la subsunción del caso en alguna de las indicaciones previstas en el art. 417 bis, surge para el juez el deber de verificar la legalidad de la conducta denunciada y, con ello, la inevitable exposición del personal sanitario –e incluso de la mujer– al correspondiente proceso judicial.

En síntesis, las propias características del modelo vigente en España exponen a quienes participan en una interrupción voluntaria del embarazo al riesgo siempre latente de verse sometidos a un proceso judicial que incluso en caso de absolución o sobreseimiento no evita los efectos negativos de la investigación de una posible actividad delictiva. De ahí que estemos ante un sistema generador de cotas no admisibles de inseguridad jurídica tanto para los médicos y demás personal sanitario, como para la propia mujer embarazada.

4.2 Desigualdades regionales y huida a la sanidad privada

La inseguridad jurídica derivada del sistema de indicaciones afecta sobre todo a los profesionales de la medicina, pues, como se ha visto, en ellos deposita la ley la responsabilidad de determinar la efectiva concurrencia de alguno de los supuestos indicados y, consecuentemente, también sobre ellos recae en primera línea el riesgo de verse sometidos a un proceso de revisión judicial.

Por eso, no puede sorprender que no pocos médicos, sobre todo en el ámbito de la sanidad pública, prefieran mantenerse al margen de tales prácticas, apelando en muchos ca-

¹³ Informe del Gobierno a las Cortes Generales de julio de 1991.

sos a la objeción de conciencia. La falta de regulación de este derecho en nuestro ordenamiento facilita el recurso del personal sanitario a esa vía de escape que les mantiene a salvo de los riesgos de criminalización derivados del actual sistema de indicaciones.

Para encontrar algún criterio sobre la objeción de conciencia en la interrupción voluntaria del embarazo, es preciso remitirse a la sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional, donde claramente se admite su vigencia en el ordenamiento jurídico español como parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa que proclama el artículo 16.1 de la Constitución. Sin embargo, la ausencia de una reglamentación específica que fije los límites y requisitos de este derecho ha dado lugar a su reconocimiento en términos sumamente amplios e indefinidos, lo que en la práctica favorece la tendencia a la objeción masiva en muchos servicios de Ginecología y Obstetricia de los centros sanitarios públicos.

Para superar esta situación y garantizar el derecho de las mujeres a abortar en los supuestos indicados, algunas comunidades autónomas –como es el caso de Andalucía y la Comunidad Valenciana– suscriben convenios con clínicas privadas acreditadas para la ejecución de IVE, mientras que otras derivan a las usuarias a estos mismos establecimientos mediante cartas de pago o de reintegro de gastos.

Pero en la inmensa mayoría de los casos, las dificultades asociadas a la escasa disponibilidad de este servicio en la sanidad pública acaban por convertir la interrupción voluntaria del embarazo en una intervención estrictamente privada cuyos costos son sufragados íntegramente por la propia mujer. No en vano más del 97% del total de IVE que se ejecutan anualmente en España tiene lugar en centros privados (en concreto, en el año 2002 sólo el 2,47% de IVE se ejecutaron en hospitales públicos¹⁴).

Esta huida a la medicina privada, motivada en buena medida por la masiva objeción de conciencia que se registra en los servicios de Ginecología de los hospitales públicos, repercute de modo negativo en las mujeres que pretenden interrumpir su gestación al amparo del art. 417 bis, dando lugar a desigualdades de orden territorial y económico.

Así, es sabido que la distribución geográfica de las interrupciones del embarazo que se practican en España es sumamente desigual, hasta el punto de existir alguna comunidad autónoma –como es el caso de Navarra¹⁵– donde no se ejecutan abortos legales. Esa disfunción regional obliga a muchas mujeres a trasladarse a otras ciudades para hacer posible su derecho a abortar en los supuestos permitidos por la ley.

¹⁴ Datos del Ministerio de Sanidad y Consumo.

¹⁵ Véase Diario El País de 4 de mayo de 2005.

Además, la mayor o menor disponibilidad de los poderes públicos a facilitar la financiación de abortos legales a través de centros privados tampoco está desvinculada del color político e ideológico de quienes ostentan el poder en cada momento, una variable que repercute de forma directa sobre las mujeres, al condenarlas en muchos casos a sufragar íntegramente una intervención que debería quedar cubierta por la seguridad social.

Se consolida así una situación de desigualdad entre las mujeres españolas, cuyo acceso a la interrupción del embarazo en condiciones de normalidad queda supeditado a factores totalmente ajenos a sus necesidades y derechos, de tal modo que mientras algunas pueden optar a su ejecución gratuita en su lugar de residencia a través de clínicas concertadas, muchas otras se ven obligadas a afrontar íntegramente el pago del aborto, con el agravante, en algunas ocasiones, de tener que trasladarse a lugares distintos al de su residencia habitual.

5. Alternativas al actual modelo de indicaciones

En el Derecho comparado se descubren formas muy diversas de plasmar la decisión político-criminal de despenalizar el aborto consentido.

Sin embargo, todas ellas pueden remitirse, en esencia, a una de las dos alternativas siguientes: bien la de mantener la prohibición del aborto durante todas las etapas de la gestación, con la salvedad de un número determinado de supuestos expresamente definidos en la ley –sistema de indicaciones–, bien la de renunciar de modo general a la pena durante el período inicial del embarazo (entre las diez y las doce primeras semanas, aproximadamente), dejando la decisión de abortar durante esa fase en manos de la propia mujer –sistema del plazo–.

A partir de alguna de estas dos opciones básicas, los distintos Estados han ido plasmando sus propios sistemas despenalizadores, en general matizados por elementos característicos del modelo alternativo. Así, es muy frecuente que el sistema del plazo se complemente con algunas indicaciones –sobre todo la embriopática y la terapéutica–, destinadas a captar posibles conflictos surgidos en una fase tardía del embarazo, como, por ejemplo, alguna dolencia grave de la mujer que se descubra ya avanzada la gestación o la detección de importantes malformaciones en el feto una vez superados los tres primeros meses.

En otros casos, las legislaciones definen una serie de supuestos como fundamento de la impunidad del aborto, pero al mismo tiempo establecen un plazo dentro del cual la decisión sobre la concurrencia de esas situaciones se deja exclusivamente en manos de la embarazada¹⁶. Aunque suele hablarse aquí de sistemas mixtos, lo cierto es que nos encontramos ante claras opciones a favor del modelo del plazo, ya que es la voluntad de la mujer la que en última instancia marca el campo de licitud de la interrupción del embarazo durante su fase inicial.

Con motivo del difícil proceso de unificación de la legislación alemana ocurrido a principios de los años noventa, surgió un sistema novedoso que, si bien se inscribe en esencia dentro de la opción político-criminal del modelo del plazo, ofrece un conjunto muy am-

¹⁶ A este esquema general responden las legislaciones italiana, francesa, belga y noruega (Eser y Koch, 1991).

plio de medidas complementarias destinadas a asegurar la tutela de la vida en gestación durante todas sus fases de desarrollo. Esta nueva alternativa, conocida como “modelo del asesoramiento”, fue elaborada con la vista puesta en el Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante, BVerfG), que algunos años antes se había pronunciado en contra del sistema puro del plazo por considerarlo contrario a la tutela que la Ley Fundamental alemana dispensa a la vida en gestación.

Algo similar sucederá sin duda en España en el momento en el que se tome la decisión de afrontar la necesaria reforma del obsoleto sistema restringido de indicaciones, puesto que también aquí habrá de contarse con los lineamientos trazados por el Tribunal Constitucional en su ya comentada sentencia de 1985. En realidad, la inmensa mayoría de los sistemas de despenalización del aborto vigentes en los países de nuestro entorno –sobre todo los europeos– está fuertemente condicionada por los límites de constitucionalidad derivados de la protección de la vida humana en sus correspondientes cartas fundamentales. Pero nada de ello ha impedido que se configuren modelos mucho más abiertos que el nuestro, caracterizados, en general, por conjugar la obligada protección de la vida anterior al nacimiento con una mayor atención y respeto a la autonomía de la mujer embarazada. Veamos las alternativas.

5.1 El cuarto supuesto

La solución del cuarto supuesto –hasta hace poco la preferida entre los partidarios de modificar nuestro modelo despenalizador– no es más que un sistema amplio de indicaciones caracterizado por la adición de un nuevo supuesto destinado a justificar el aborto cuando el conflicto se origina en una difícil situación económico-social de la embarazada.

Este sistema estuvo vigente en la República Federal de Alemania hasta el proceso de unificación legislativa que dio lugar al nuevo modelo del asesoramiento y, en parte, se corresponde también con el esquema de la Abortion Act inglesa de 1967, si bien esta ley no concede autonomía a la indicación económico-social, sino que integra los factores vinculados al entorno social de la embarazada en la valoración de una indicación terapéutica concebida en términos muy amplios. Algo parecido sucede en la legislación italiana, pero aquí la distancia con el modelo general de indicaciones es mucho mayor, porque la decisión última de abortar se deja en manos de la propia mujer y no de un tercero imparcial responsable de evaluar los factores ambientales determinantes del conflicto.

Los primeros intentos de reforma de nuestra legislación, apenas entrada la década de los noventa, siguieron estos pasos, en parte porque se percibía como el camino más sencillo al no requerir una modificación global del sistema, y seguramente también por la brecha que por entonces abrió el TS al reconocer en una polémica sentencia la posibilidad de extender la impunidad del aborto a los supuestos de seria angustia económica de la embara-

zada. Cuando entran en juego un “complejo de circunstancias” que afectan a la intimidad, dignidad y libre desarrollo de la personalidad de la mujer, dijo el TS, surge un conflicto con la vida del no nacido que puede justificar la interrupción del embarazo (STS 11-12-1990).

Este pronunciamiento sirvió de base para la elaboración de una confusa propuesta de reforma contenida en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992. Con muy poca fortuna, esta propuesta intentó seguir la estela de la legislación inglesa, pero con la novedad de poner en primera línea un aspecto puramente subjetivo como es el “estado de angustia o ansiedad” de la embarazada. Así, luego de exigirse la práctica del aborto dentro de las doce primeras semanas de gestación “para evitar riesgos para la salud o integridad física o moral de la embarazada”, el proyecto declaraba existente ese peligro siempre que un médico certificara un “estado de angustia o ansiedad” de la mujer valorado a partir de sus “condiciones personales, sociales y familiares”.

De esta manera, venía a plasmarse una especie de indicación terapéutica muy amplia que dejaba 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. Ciertamente no se trata de la formulación más feliz que pueda esperarse de un cuarto supuesto, pero aun así resulta suficiente para poner en evidencia los defectos de esta alternativa amplia del modelo de indicaciones.

En efecto, más allá de formulaciones concretas, está claro que cualquiera que sea la configuración elegida para definir la indicación económico-social, ésta seguirá apareciendo siempre como una excepción al principio general de punición del aborto, con la inevitable consecuencia de dejar abierta la instancia de control judicial posterior. Bien es verdad que cuanto más amplio sea el catálogo de indicaciones, menor será el riesgo de condena por aborto ilegal, pero no así la posibilidad de resultar implicado en un proceso judicial. Como ya se ha dicho, resultaría un auténtico contrasentido que la ley definiera por una parte los supuestos de excepcional impunidad del aborto y, por otra, privara a los jueces de la facultad de comprobar si esas circunstancias excepcionales efectivamente han concurrido o no en un caso concreto. Por eso, cualquiera que sea la amplitud que se conceda a un modelo de indicaciones, siempre habrá de contarse con la exposición de los participantes en una interrupción voluntaria del embarazo a un posible control futuro de legalidad.

Por lo demás, el cuarto supuesto viene a acentuar otra de las objeciones que con mayor frecuencia se dirigen al sistema de indicaciones, como es la inevitable perturbación de la intimidad y dignidad de la mujer. No ha de perderse de vista, en efecto, que en este caso no basta con valorar de modo puramente objetivo la situación económica y familiar de la embarazada, sino que es preciso determinar, además, si esas circunstancias la afectan personalmente hasta el punto de justificar la interrupción de la gestación. Por eso, para dar por concurrente esta indicación, se hace imprescindible indagar en los aspectos más íntimos de la mujer con el fin de descubrir si realmente concurre ese conflicto existencial en el que se

funda la impunidad. No es difícil comprender así que estamos ante la indicación que mayores sacrificios demanda de la mujer por lo que a su dignidad e intimidad se refiere.

Tampoco está claro si es razonable seguir este camino de mayor sacrificio para los intereses de la mujer en un contexto judicial y social en el que la indicación terapéutica por peligro para la salud psíquica está captando sin grandes dificultades las situaciones de conflicto económico-social. No parece que el cuarto supuesto pudiera resolver grandes problemas prácticos y, a cambio, sí es posible que creara nuevas vías de injerencia en la intimidad de la mujer embarazada que resultan a todas luces innecesarias.

5.2 El sistema puro del plazo: problemas de constitucionalidad

El modelo puro del plazo se caracteriza por establecer la impunidad de todo aborto realizado durante la primera fase del embarazo, generalmente los tres primeros meses, siempre que la mujer solicite la intervención y que ésta se practique por un médico. Es frecuente que a ello se añada un período de carencia —entre tres y siete días, aproximadamente— destinado a darle tiempo a la mujer para reflexionar sobre su decisión antes de proceder a la intervención abortiva.

Su principal peculiaridad reside en la preferencia absoluta que se concede al derecho de autodeterminación de la mujer frente a la vida del embrión durante el período inicial del embarazo.

En la actualidad no son muchos los ordenamientos que consagran el modelo del plazo en sentido puro. Ello se debe, sobre todo, a los serios reparos de constitucionalidad que suscita un sistema en el que la vida en gestación se ve totalmente relegada por los intereses de la mujer hasta el punto de perder su condición de objeto autónomo de tutela jurídica durante los primeros meses de desarrollo. Con todo, fue un modelo muy habitual en los antiguos países de la Europa del Este y, dentro del actual contexto europeo, han optado por esta fórmula las legislaciones sueca y griega, entre otras (Eser y Koch, 1991). Particular interés suscita la experiencia de Austria, donde el modelo del plazo consiguió superar el correspondiente control judicial de constitucionalidad (Eser y Koch, 1988:1096-9). No sucedió lo mismo en la antigua República Federal de Alemania, cuyo BVerfG rechazó en 1974 un sistema puro de plazos por entender que resultaba incompatible con el derecho a la vida proclamado en la Ley Fundamental (Marín Gámez, 1996:343-4).

En nuestro país, este sistema no ha sido objeto de consideración específica por parte del TC, debido a que hasta ahora nunca se ha plasmado siquiera en un proyecto de ley capaz de superar una votación parlamentaria. Sin embargo, las líneas trazadas por el TC en su sentencia 53/1985 permiten poner seriamente en duda la posibilidad de que en un futuro este modelo pudiera superar un eventual control de constitucionalidad. Veamos por qué.

Como se ha visto, la sentencia 53/1985 parte del reconocimiento expreso de la tutela constitucional de la vida humana desde el momento mismo de la gestación, de donde se infiere el deber del Estado de estructurar un sistema legal de tutela efectiva de esa vida sin distinciones basadas en sus etapas de desarrollo. Para hacer compatible este punto de partida con la licitud de ciertos supuestos de aborto, el TC apela a la idea de conflicto de intereses, admitiendo que la protección de la vida anterior al nacimiento puede y debe ceder en determinados supuestos en los que entra en colisión con derechos de la mujer igualmente amparados por la Carta Magna.

Se admite 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 relevantes para la mujer y con la expresa advertencia de que esa colisión entre bienes de jerarquía constitucional no conduzca a la desprotección absoluta de la vida del *nasciturus* en algún momento del embarazo, porque la preferencia total de los intereses de la madre sobre los del feto –dijo el TC– supondría “la desaparición, en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento jurídico” (STC 53/1985, FJ 9).

Pues bien, si se tiene en cuenta que el sistema puro del plazo se caracteriza precisamente por conceder primacía absoluta a la libertad de la mujer sobre la vida anterior al nacimiento, no es difícil detectar su contradicción con los criterios valorativos elaborados por el TC como base de legitimidad de la despenalización del aborto. Téngase en cuenta que este modelo 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 la totalidad del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, deja sin tutela alguna al *nasciturus* durante el período inicial de la gestación.

Para contrarrestar este reparo constitucional, en alguna ocasión se ha alegado que la vida intrauterina no queda totalmente desprotegida, ya que el sistema puro del plazo mantiene bajo pena el aborto causado sin consentimiento de la mujer (Ruiz Miguel, 1990:102). Sin embargo, este argumento resulta 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 se lleve hasta sus últimas consecuencias el respeto a su derecho de autodeterminación, de donde se sigue que el castigo del aborto no consentido ha de explicarse como una vía más de tutelar el derecho a la maternidad –en este caso 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.

En consecuencia, si nos atenemos a la actual doctrina del TC sobre el sentido y alcance de la protección de la vida anterior al nacimiento, el sistema puro del plazo se presenta como una alternativa poco viable en la práctica. Ciertamente, cabría ensayar alguna interpretación diferente del art. 15 de la Constitución que resultara más favorable al reconocimiento del derecho de autodeterminación de la mujer en materia de

aborto. Pero la contundencia y claridad con la que se manifestó el TC en la sentencia de 1985 no permite albergar grandes expectativas de un cambio sustancial en esta materia. Por eso, más allá del juicio que a cada uno le merezcan las líneas maestras señalada en aquel pronunciamiento, da la impresión de que hay que contar con ellas de cara a elaborar una propuesta realista y viable para la reforma del actual sistema de indicaciones. Y en ese contexto el sistema puro del plazo no parece el camino más adecuado.

5.3. Indicaciones con decisión última de la mujer

Frente a los dos modelos clásicos que se acaban de exponer, muchas legislaciones han optado por una vía intermedia que pretende compatibilizar la estructura formal de las indicaciones con el elemento más característico del sistema del plazo consistente en dejar en manos de la propia embarazada la decisión última sobre la ejecución del aborto.

Éste es el camino que en su momento siguieron países tan significativos como Francia, Italia, Bélgica o Noruega, y también está en la base de la Proposición de Ley sobre la reforma del aborto presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el año 2000¹⁷.

Se trata de un sistema caracterizado por mantener, al menos en apariencia, el principio de punición general del aborto durante todas las etapas de la gestación, si bien éste se acompaña de una serie de indicaciones entre las que siempre figura un supuesto particularmente amplio que puede alegarse dentro de la fase inicial del embarazo –casi siempre doce semanas– y donde tienen cabida el conjunto de condiciones económicas, sociales y familiares de la mujer.

Pero la principal peculiaridad del 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 aquí a un tercero imparcial encargado de evaluar y certificar la efectiva presencia del supuesto legal, sino que esa 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 de la impunidad del aborto.

Eso explica la presencia de una serie de requisitos formales destinados a garantizar una decisión meditada y responsable de la embarazada, como la exigencia de un asesoramiento previo o el transcurso de un breve período de carencia entre el final del asesoramiento y la práctica de la intervención.

¹⁷ BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B, nº 10-1, 24 de abril de 2000.

En síntesis, se trata de un modelo que si bien asume la forma del sistema de indicaciones al presentar los casos de impunidad como un conjunto tasado de supuestos excepcionales expresamente definidos en la ley, al mismo tiempo intenta captar la esencia del modelo del plazo en tanto hace prevalecer la libertad de decisión de la mujer durante la fase inicial del embarazo.

Este último dato constituye “sin duda” la clave esencial para augurar una normalización plena de la ejecución de interrupciones del embarazo sin los riesgos implícitos en el sistema de indicaciones, porque al ponerse la decisión en manos exclusivas de la mujer, se cierra el paso a la posible revisión judicial posterior al aborto y, con ello, la inseguridad jurídica asociada a las diversas alternativas de interpretación del art. 417 bis (sobre el riesgo de arbitrariedad en la aplicación judicial del sistema de indicaciones, Roper Carrasco, 2003:218-21).

Sin embargo, estos resultados satisfactorios no pueden ocultar las importantes contradicciones que presenta este modelo desde el punto de vista de la técnica jurídica, inconvenientes que no deberían despreciarse de cara a un eventual control de constitucionalidad al que con toda probabilidad se verá expuesta cualquier reforma futura de la legislación española sobre la interrupción del embarazo.

Su principal problema reside, a mi juicio, en 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 indicaciones, esto es, a 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. Esta simbiosis sencillamente no es posible 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 los tres primeros meses de su desarrollo.

Y esto es lo que sucede en el modelo que estudiamos: un sistema que elimina todos los requisitos dirigidos a constatar de forma objetiva la concurrencia de unos supuestos previamente definidos en la ley y que al mismo tiempo pone las condiciones para evitar que un juez pueda realizar ese control con posterioridad a la intervención, es obvio que está renunciando a fundamentar la impunidad del aborto en la presencia de los conflictos que ha definido. Ciertamente podrá presumirse la presencia de alguno de ellos en el momento de la interrupción del embarazo, pero no es menos cierto que de esto no depende la imposición o no de la pena. Lo único determinante es aquí el consentimiento libre de la embarazada prestado dentro del plazo legalmente establecido.

Por eso, a pesar de su confusa denominación, el llamado modelo de “indicaciones con decisión última de la mujer” es un auténtico sistema de plazos, aunque arropado por las apariencias del sistema de indicaciones. Una apariencia que seguramente va dirigida a evitar los siempre temibles reproches de inconstitucionalidad.

Pero por muy bienintencionado que sea el intento, esta fórmula algo tramposa de ocultar detrás de una serie de supuestos legales la opción político-criminal a favor del plazo es a un tiempo peligrosa y contraproducente de cara a un posible control de constitucionalidad.

Peligrosa, porque si pese a dejar la decisión en manos de la mujer, la ley no renuncia a definir de modo expreso una serie limitada de supuestos de impunidad, será muy difícil evitar ciertas interpretaciones restrictivas que, con apoyo en la definición legal de las situaciones de conflicto, intenten reducir el alcance del derecho de autodeterminación de la embarazada. Es lo que ha sucedido, por ejemplo, en Italia, donde hay quienes entienden que el aborto no es legítimo cuando el médico encargado del asesoramiento no se convence de la efectiva concurrencia del peligro para la salud física o psíquica de la mujer (Zanchetti, 1992:144).

Y contraproducente desde el punto de vista de su fundamentación constitucional, porque si la interrupción lícita del embarazo se presenta formalmente como una mera excepción en el contexto de una tutela penal integral de la vida intrauterina, ya no cabe alegar los múltiples y convincentes argumentos que, como se verá de inmediato, permiten justificar una renuncia general al castigo del aborto durante la primera etapa del embarazo.

5.4 El sistema del asesoramiento: la experiencia alemana

El llamado sistema del asesoramiento fue instaurado en la legislación alemana después de un arduo proceso de reforma que se inició en el año 1992 para dar cumplimiento al mandato de unificación de los derechos vigentes hasta entonces en los dos sectores de la antigua Alemania dividida (Bacigalupo y Gropengiesser, 1996:529-34).

Se trata, en esencia, de una variante del modelo del plazo, si bien presenta la peculiaridad de prestar especial atención a una fase previa de asesoramiento obligatorio que se concibe y estructura con el objetivo declarado de evitar en lo posible una decisión final de la mujer favorable al aborto o, lo que es igual, pensado para incentivar la continuación del embarazo, garantizando así una tutela efectiva de la vida intrauterina.

Es un sistema de plazos porque la decisión última de interrumpir la gestación durante las doce primeras semanas se pone en manos de la propia mujer, sin supeditar la impunidad del aborto a ningún supuesto definido en la ley¹⁸.

¹⁸ Ello sin perjuicio de la subsistencia de algunas indicaciones que, en la práctica, pueden adquirir protagonismo frente a ciertos casos en que no es posible ampararse en el sistema general del asesoramiento, como puede suceder, por ejemplo, si pasado el período inicial de doce semanas se detecta un grave peligro para la salud o la vida de la gestante.

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 curso del cual expone y discute con el asesor sus razones para interrumpir la gestación, al tiempo que es informada sobre los derechos y ayudas públicas con las que podría contar en caso de seguir adelante con el embarazo (bajas por maternidad, derecho de guardería, acceso a vivienda, etc.).

La clave de esta consulta previa reside en poner a la mujer en condiciones de tomar una decisión responsable, incluida su plena conciencia de que el aborto supone la lesión de un bien altamente valorado por el ordenamiento jurídico. Es muy significativo el detenimiento y detalle con los que la legislación alemana regula el contenido del asesoramiento, cuya ejecución se encomienda en todo caso a personas distintas de las que ejecutan materialmente la intervención abortiva.

El particular protagonismo de esta instancia previa se debe a que es aquí donde la ley alemana descarga todo el esfuerzo de protección de la vida intrauterina. No en vano el precepto que regula su contenido declara de modo expreso la finalidad de orientar la decisión de la madre a favor de la continuidad de la gestación, convenciéndola en lo posible de que desista de su idea inicial de abortar.

En concreto, dice el parágrafo 219 del Código Penal alemán¹⁹:

“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 abrirla 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 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 supere 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.”

Obviamente, para que el contenido y finalidad de un asesoramiento así concebido pueda funcionar, resulta imprescindible que existan los instrumentos adecuados para que la mujer vislumbre posibilidades reales de seguir adelante con la gestación en condiciones favorables para ella y su futuro hijo. De ahí que la ley alemana que reformó el modelo de

¹⁹ Redacción conforme a la Ley de Asistencia a la Familia y a la Embarazada, en su versión de 25 de agosto de 1995.

despenalización del aborto incluyera una auténtica batería de medidas extrapenales destinadas a facilitar la vida de las mujeres con cargas familiares. Así, entre otras muchas iniciativas de carácter económico, laboral o asistencial, se reconoce, por ejemplo, el derecho a guardería a todos los niños a partir de los tres años de edad, o se modifican ciertas leyes relacionadas con la vivienda a fin de facilitar la obtención de una casa adecuada a las mujeres con hijos.

De esta manera, el actual modelo alemán presenta una fórmula de protección de la vida intrauterina que se hace compatible con la renuncia general a la prohibición penal del aborto durante la fase inicial de la gestación. Se trata de un modelo ideado para tutelar la vida del *nasciturus* “con la mujer y no contra ella”, como de modo muy expresivo dijeron sus defensores con motivo de su revisión en sede constitucional.

La formulación actual del modelo del asesoramiento, tal como figura en la legislación alemana, tiene la ventaja de haber superado un complejo proceso de revisión constitucional, abriendo así un nuevo camino que puede ser de gran utilidad en la futura reforma española. No en vano el pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional en el año 1985 siguió la estela de la decisión que pocos años antes había adoptado su par alemán, encontrándose múltiples semejanzas en sus argumentaciones. Esa cercanía en la forma y contenido de los planteamientos jurídicos permite establecer muchos paralelismos entre ambos ordenamientos y aconseja no perder de vista el largo camino ya recorrido por el legislador alemán en el siempre arduo proceso de cambio y modernización de una legislación sobre la interrupción del embarazo.

De especial interés resulta que el BVerfG haya admitido la conformidad con su Ley Fundamental de un modelo cuyo punto básico consiste en la renuncia a proteger la vida en gestación a través del Derecho penal durante su primera fase de desarrollo. La situación de partida del BVerfG no era sencilla, ya que en un pronunciamiento anterior había reconocido la obligación del Estado de tutelar la vida intrauterina en todas sus etapas, al tiempo que sólo admitía la legitimidad del aborto como un supuesto excepcional basado en situaciones de conflicto.

Como fórmula de síntesis, el BVerfG partió de la legitimidad de una opción político-criminal que apela a la autorresponsabilidad de la mujer como elemento clave para evitar la práctica de abortos. El tribunal reconoció que el mantenimiento de la amenaza penal durante el período en que la ley apuesta por el asesoramiento resulta contraproducente en la medida en que muchas mujeres podrían preferir caer en la ilegalidad antes de verse obligadas a someter al juicio de terceros un conflicto que viven como íntimo y altamente personal. Un sacrificio de estas características sólo puede tener sentido si al final del camino la mujer encuentra comprensión y respeto a su decisión definitiva.

Sin embargo, dijo el BVerfG, esta renuncia generalizada a la amenaza punitiva sólo es compatible con el deber constitucional de tutela de la vida intrauterina durante todas sus

etapas de desarrollo si los efectos de esa impunidad no se expanden al conjunto del Derecho, es decir, si el levantamiento de la sanción penal no implica al mismo tiempo la desprotección total del *nasciturus* durante los tres primeros meses de gestación. Y para que ello sea posible, concluyó el alto tribunal, se hace necesario que de algún modo el ordenamiento jurídico exprese con claridad el principio de desaprobación del aborto, sólo matizado por la existencia de excepcionales situaciones de conflicto en las que legítimamente prevalecen ciertos intereses esenciales de la mujer sobre la vida del feto.

Precisamente por eso, el precepto legal destinado a dar forma al asesoramiento toma la precaución de declarar de modo expreso la reprobación general que el aborto merece en el ordenamiento jurídico alemán, al tiempo que orienta toda la fase de consulta al objetivo primordial de poner a la mujer en condiciones de decidirse a favor de la continuación del embarazo. Con estas precauciones, junto a otros aspectos vinculados a la forma de subvencionar las interrupciones del embarazo fundadas en el asesoramiento, el legislador alemán ha venido a dar cumplimiento a las líneas trazadas por el BverfG sin renunciar a un novedoso sistema del plazo que alcanza el objetivo primordial de mantener el respeto a la decisión última de la propia embarazada.

6. Propuestas de reforma

6.1 Opción por un sistema de plazo con asesoramiento previo: argumentos a favor de su conformidad con la Constitución

El modelo del asesoramiento que se acaba de esbozar ofrece las mejores condiciones para superar los defectos del actual sistema de indicaciones sin entrar en conflicto con el deber constitucional de protección de la vida intrauterina que ha proclamado nuestro alto tribunal de garantías.

En la medida en que se trata de una variante de la solución del plazo, tiene la ventaja de no supeditar la impunidad del aborto a la concurrencia de un conjunto tasado de situaciones expresamente definidas en la ley, con la consecuencia inestimable de eliminar el riesgo de un control judicial posterior en el que pueda discutirse la mayor o menor legitimidad de las razones que desembocaron en la interrupción del embarazo. Las posibilidades de revisión judicial quedan limitadas aquí únicamente a la verificación de los requisitos formales propios del sistema –certificado que acredite el paso de la mujer por el asesoramiento, período de carencia, ejecución en centro acreditado, etc.–.

El modelo del asesoramiento garantiza así plenamente la seguridad jurídica de cuantos intervienen en un aborto consentido, sin más riesgos de criminalización que los derivados de su propia responsabilidad a la hora de dar cumplimiento a las exigencias formales que la ley establece.

Las posibilidades de superar un control de constitucionalidad crecen de manera muy significativa con este modelo, porque, a diferencia del sistema puro del plazo, la legislación mantiene aquí la tutela de la vida en gestación durante todas sus etapas de desarrollo, incluida la fase en la que se concede a la mujer el derecho último a decidir sobre la interrupción del embarazo. Sólo que en este período inicial el legislador cambia de perspectiva y, en lugar de acudir a la sanción penal, opta por el camino de la prevención.

Precisamente a esa finalidad se orienta la exigencia del asesoramiento previo obligatorio, en cuyo transcurso se trata de poner a la mujer en condiciones de decidir de modo reflexivo y libre de presiones externas sobre el futuro de su embarazo. La previsión específica de ayudas sociales y medidas laborales destinadas a facilitar la maternidad juegan

como complemento adecuado para hacer creíble ese fin protector que se canaliza por vías alternativas a la prohibición penal.

Como bien se dijera en la discusión alemana, se trata de optar por un sistema que, sin desconocer el valor de la vida intrauterina, intenta asegurarle una debida tutela “con la mujer y no contra ella”, abriendo así mayores posibilidades a una salida exitosa del conflicto que todo embarazo no deseado necesariamente comporta.

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.

A nadie se le escapa, en efecto, que exponer un conflicto personal a desconocidos ajenos al círculo familiar o de amistades supone siempre un perjuicio para la intimidad. Pero se trata de una concesión que no parece abusiva si el asesoramiento garantiza en todo caso el pleno respeto de la dignidad de la mujer, evitando, en particular, presiones morales o religiosas que hagan aún más difícil su decisión. Por este motivo, resulta de especial importancia la selección de las personas que pueden ejercer la función de asesoramiento, entre las que deberían quedar excluidas, en todo caso, quienes se declaren objetores de conciencia, ya que una posición inicial de rechazo ético al aborto difícilmente puede garantizar los mínimos de objetividad requeridos para esta tarea.

En síntesis, si bien es verdad que la fase de consulta previa obligatoria afecta en cierta medida a la intimidad de la mujer en aras de prestar una tutela adecuada al *nasciturus*, no lo es menos que al mismo tiempo se ponen los medios para evitar una lesión relevante de su dignidad personal. Esto se consigue, sobre todo, por la vía de garantizarle que ningún tercero se erigirá en árbitro de su situación. La última palabra le corresponde a ella y el Estado se muestra dispuesto a respetarla.

Bajo estos presupuestos, el modelo del asesoramiento se presenta como una fórmula adecuada para conseguir un cierto equilibrio entre los dos 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 e intimidad de la mujer embarazada.

La gran particularidad reside aquí en la opción de alcanzar estos objetivos por vías alternativas a las del Derecho, en concreto, mediante mecanismos preventivos que se hacen compatibles con la licitud del aborto consentido por la mujer tras una fase previa de consulta y reflexión. Cuando el sistema del asesoramiento se configura con seriedad, haciendo explícita la finalidad de prevenir en lo posible la interrupción de embarazos, asegu-

rando una fase previa de consulta que no sea un mero trámite y exigiendo un compromiso importante de la mujer, no hay motivo alguno para negarle legitimidad desde el punto de vista constitucional. Porque, paso a paso, con sus diversas exigencias, el sistema pone de manifiesto el serio compromiso del Estado con la tutela de la vida intrauterina.

Cierto es que para garantizar la eficacia de este método preventivo se hace imprescindible asegurarle a la embarazada que al final del camino el Derecho respetará su decisión, cualquiera que ésta sea. Pero ello no tiene por qué debilitar las convicciones generales sobre el alto valor de la vida embrionaria. Lo que realmente importa no es la desaprobación “simbólica” de los abortos expresada en una norma penal, sino la efectividad de las medidas concretas que toma el Estado para evitar en lo posible que éstos se lleven a cabo. Sólo esto –y no el contenido declarativo de la ley– permitirá evaluar el grado de cumplimiento del deber de protección de la vida emanado del art. 15 de la Constitución.

Si algo ha demostrado la historia en los largos años de absoluta prohibición del aborto es su total ineficacia de cara a evitar tales prácticas. De sobra es sabido que en la época represiva los abortos se efectuaban igual, sólo que de forma descontrolada y con graves riesgos para la mujer. Ante la ineficacia de esta vía, no hay razones para poner trabas a la alternativa de la prevención.

En conclusión, la renuncia general del ordenamiento jurídico a dirigir un reproche de desaprobación a las interrupciones voluntarias del embarazo efectuadas en la primera fase de la gestación, aun sin que un tercero imparcial verifique si en el caso concreto concurrían o no motivos relevantes, no está reñida con el mandato constitucional de protección de la vida embrionaria. Siempre y cuando, obviamente, la causa de aquella renuncia se encuentre en las necesidades de funcionamiento de un sistema pensado y estructurado precisamente para dar cumplimiento al deber de tutela emanado del art. 15 de la Constitución, como de hecho sucede en el sistema del asesoramiento.

La Proposición de Ley (Orgánica) “sobre regulación de la interrupción voluntaria del embarazo” que presentó el Grupo Parlamentario Socialista en el año 2000 intentó seguir en alguna medida la estela del modelo alemán, como se declaraba de forma explícita en su Exposición de Motivos²⁰.

Sin embargo, basta una lectura atenta de la formulación que propone el proyecto para detectar una diferencia nada desdeñable que, en mi opinión, viene a perturbar la coherencia interna del sistema y acaba por reproducir muchos de los inconvenientes del modelo que se pretende superar. Me refiero a la insistencia en mantener la descripción legal de la situación que fundamenta el aborto solicitado por la mujer tras la etapa de asesoramiento.

²⁰ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, n. 10-1, 24 de abril de 2000:3.

Dice el art. 1.2 de la Propuesta, tras reproducir el texto del actual art. 417 bis:

“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 de 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. Igualmente, 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 esta Ley, lo que constará en una certificación expedida al efecto que se entregará a la mujer, haya dejado transcurrir un plazo mínimo de tres días a fin de madurar su decisión definitiva.”

Como se ve, pese a recoger aspectos sustanciales del sistema del asesoramiento, la Propuesta socialista presenta el defecto de no renunciar a la descripción del conflicto material que fundamenta la impunidad del aborto, acercándose así al modelo de “indicaciones con decisión última de la mujer”, cuyos defectos han sido expuestos en páginas anteriores.

Si es un modelo de plazos el que mejor expresa el doble deber del Estado de tutelar la vida intrauterina y respetar, al mismo tiempo, la libertad de decisión de la mujer, no debería insistirse en ocultarlo en alguna medida detrás de un aparente sistema de indicaciones. Este tipo de atajos no hace más que reafirmar la idea que precisamente se debe combatir, esto es, que sólo un sistema tasado de excepciones a la punibilidad –un modelo de indicaciones– es compatible con la Constitución Española.

Como ha puesto de relieve la experiencia alemana, el modelo de plazos fundado en el asesoramiento tampoco está reñido con la tutela de la vida embrionaria. Sólo se trata de un cambio de criterio que permite esa protección por un camino alternativo al Derecho.

La diferencia reside en que, en lugar de atacarse el problema de forma coactiva, se estructura aquí un modelo social, asistencial y sanitario de naturaleza preventiva que tiende a poner condiciones eficaces para reducir los embarazos no deseados y favorecer la maternidad. Desde el desarrollo de campañas adecuadas de educación sexual de adolescentes hasta la garantía de un sistema accesible de guarderías adquieren así una función preventiva del aborto con altas posibilidades de servir mejor a la tutela de la vida en gestación que la tradicional prohibición del Derecho penal.

6.2 La conveniencia de una ley especial

Una adecuada regulación del sistema del asesoramiento hace imprescindible complementar la normativa estrictamente penal con otro tipo de medidas de orden social, asistencial, laboral, etc., lo que apunta a la conveniencia de acudir a una ley especial que aborde de forma ordenada y coherente todos estos aspectos.

Ello no obliga a dejar fuera del CP los preceptos de naturaleza estrictamente punitiva. De hecho, existe ya el precedente de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004), que, sin renunciar a esa regulación unificada, introduce en su propio texto una serie de modificaciones que afectan a diversos preceptos del mencionado Código. Lo mismo cabría hacer en una futura ley de reforma del aborto. Se conseguiría estructurar así un modelo completo y coordinado para la protección de la vida intrauterina y el respeto de los derechos de la mujer sin romper con la siempre aconsejable unidad sistemática del ordenamiento penal.

Naturalmente, la posibilidad de regular de modo unificado el alcance y contenido de las medidas de tipo asistencial, sanitario y otras similares se encontrará con las limitaciones derivadas del reparto de competencias propio del Estado de las Autonomías. Pero esta circunstancia no debería ser un obstáculo para la elaboración de una ley de bases donde se establezcan las pautas generales sobre las que ha de discurrir el modelo de regulación y prevención de la interrupción del embarazo. Aparte del ya mencionado ejemplo de la Ley Integral contra la Violencia de Género, también se cuenta aquí con la experiencia alemana, donde se consiguió elaborar una ley federal de fuerte contenido unificador, sin perjuicio de remitir en múltiples aspectos a la reglamentación específica de los *Länder*.

6.3 El consentimiento de las embarazadas menores de edad

Entre los requisitos esenciales para la licitud de un aborto indicado, el art. 417 bis del CP exige el consentimiento expreso de la embarazada, con la única excepción del supuesto de “urgencia por riesgo vital para la gestante”, en cuyo caso se concede validez al con-

sentimiento presunto. Bajo ninguna circunstancia se autoriza la intervención contra la voluntad de la mujer, por lo cual será punible quien practique un aborto a una embarazada incluso si se encuentra en peligro de muerte o en grave peligro para su salud si al médico le consta su oposición decidida a abortar en cualquier circunstancia.

Pese a tan tajante decisión político-criminal a favor del respeto del derecho de la mujer a decidir sobre su maternidad (sea para llevar a cabo la intervención o para continuar con el embarazo), la ley que introdujo el art. 417 bis a la legislación punitiva española no previó una regulación específica de las condiciones de validez de ese consentimiento, un asunto particularmente arduo cuando la embarazada es menor de edad o incapaz. 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 válido, así como el trámite y requisitos para suplirlo en caso de personas incapacitadas que adolezcan de una grave deficiencia psíquica.

En el supuesto del aborto, el silencio legal ha sido una fuente más de inseguridad jurídica para los médicos y clínicas autorizadas para la práctica de interrupciones del embarazo, al tiempo que ha supuesto, en los hechos, una importante restricción a la libertad e intimidad de las menores embarazadas, generalmente obligadas por las circunstancias –y últimamente por la ley, como de inmediato veremos– a someter su decisión de abortar en los casos legalmente indicados a la opinión y anuencia de sus representantes legales.

Por lo que se refiere a las interpretaciones más habituales de cara a cubrir ese silencio legal, es conveniente distinguir dos etapas bien definidas, cuyo punto de inflexión lo marca 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 clínica²¹, que por primera vez abordó de modo explícito al asunto que nos ocupa (a salvo de alguna normativa autonómica, como la Ley gallega 3/2001, sobre consentimiento informado e historia clínica de los pacientes, y el Código Deontológico de los Médicos de Cataluña de 1997, donde se da preferencia a la decisión de la menor incluso contra la voluntad de sus progenitores).

Hasta la entrada en vigor de la Ley 41/2002, las opiniones doctrinales distaban mucho de ser uniformes, si bien una línea claramente mayoritaria abogaba por el criterio individualizador de la capacidad natural de juicio, en cuya virtud se consideraba suficiente el consentimiento de la propia mujer menor de edad siempre que reuniera las condiciones intelectuales suficientes para comprender el sentido y alcance de la intervención abortiva.

Sobre la base de este principio general, la gran mayoría de la doctrina especializada se inclinó por reconocer validez al consentimiento de las menores al menos a partir de los dieciséis años de edad, sin descartar edades más tempranas si así lo indicaba el grado de madurez de la embarazada.

²¹ En adelante, Ley sobre Derechos del Paciente.

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 de 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. En la misma línea, y en esta ocasión de modo explícito, la AP de Málaga ha admitido recientemente la validez del consentimiento prestado por una menor de dieciséis años de edad que vivía con su novio, alegando que “si la Ley permite que los menores de edad emancipados... puedan contraer matrimonio con todas las consecuencias que ello conlleva, deban ser y sean capaces para consentir en los términos en que lo exige... el Código Penal” (SAP núm. 49/2002, Secc. 3ª, de 20 de abril).

Sin embargo, esta tendencia favorable a conceder relevancia al consentimiento de las menores de edad se ha visto claramente perturbada por la entrada en vigor de la mencionada Ley 41/2002, sobre Derechos del Paciente, y no porque esta Ley restrinja, en términos generales, la validez del consentimiento de los menores de edad en las intervenciones clínicas.

Al revés, como principio general, se reconoce plena capacidad para consentir las intervenciones médicas a los menores con dieciséis años cumplidos –obviamente si no sufren una incapacidad por otras causas–, así como a los que aún no han alcanzado esa edad siempre que tengan capacidad intelectual y emocional suficientes para comprender el alcance de la intervención (art. 9.3). Sólo cuando no se da esta situación entra en juego el llamado “consentimiento por representación”, prestado por los representantes legales del menor –generalmente sus padres–, atendiendo siempre al interés de aquél y no a sus propias convicciones personales. Tratándose de mayores de dieciséis años, su consentimiento es válido incluso respecto de actuaciones que supongan “grave riesgo”, si bien en estos casos el médico debe informar a los padres y ha de tener en cuenta su opinión para tomar la decisión correspondiente²².

Pero estos criterios no alcanzan al supuesto de interrupción del embarazo, pues el art. 9.4 de la Ley 41/2002 expresamente lo excluye de esta regla general junto a las prácticas de

²² Esta interpretación se extrae con claridad del art. 9.3 de la Ley 41/2002, si bien el legislador utiliza una formulación negativa, esto es, define los supuestos en los que el consentimiento del menor no es suficiente y hace falta el de sus representantes. Dice el art. 9.3 (letra c) que procede el consentimiento por representación “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. 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 tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”.

ensayos clínicos y de técnicas de reproducción asistida, casos todos ellos que habrán de regirse, según este precepto, “por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”.

Y como en el supuesto de interrupción del embarazo no hay ninguna regla especial al respecto, parece que no queda otro camino que acudir al art. 315 CC, que fija la mayoría de edad en los dieciocho años cumplidos –en consonancia con el art. 12 de la CE–.

Así las cosas, la ley que comentamos viene a poner un serio obstáculo para conceder validez al consentimiento de las menores de edad que abortan en alguno de los supuestos del art. 417 bis (Romeo Malanda, 2003:5). Ciertamente, desde el punto de vista estrictamente técnico-jurídico cabrían todavía algunos argumentos capaces de mantener la licitud de tales interrupciones del embarazo, pero no es menos cierto que estas alternativas teóricas no proporcionan la debida seguridad jurídica a quienes intervienen en la práctica de abortos autorizados por la ley. Por eso es comprensible que en la inmensa mayoría de los casos, las clínicas acreditadas para la práctica de IVE requieran el consentimiento de los padres o tutores cuando la embarazada que pretende someterse a un aborto indicado es menor de dieciocho años de edad.

La Ley 41/2002 supone así un grave retroceso en la forma de tratar a las mujeres embarazadas menores de edad, en la medida en que las obliga a contar en todo caso con la anuencia de terceras personas para tomar una decisión de carácter estrictamente personal, lo que supone una vulneración de su derecho a la intimidad y al debido respeto a la autonomía de la voluntad de quien se enfrenta a la difícil decisión de interrumpir un embarazo.

El problema no es marginal en nuestro país si se tiene en cuenta que los jóvenes se inician cada vez más temprano en el pleno ejercicio de la sexualidad, con el consiguiente riesgo para las mujeres de quedar embarazadas y enfrentarse a un posible aborto cuando todavía no han alcanzado los dieciocho años de edad. 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 1990 y 1997, llegando en este último año al 38,8% del total de embarazos en esa franja de edad, lo que supone una tendencia claramente ascendente en los abortos de mujeres adolescentes (El País, 5 de agosto de 2000).

Más allá de las reflexiones que estas cifras puedan suscitar desde el punto de vista de la deficiente educación sexual de los jóvenes, es obvio que el aborto de menores de edad es un problema de gran relevancia social que requiere una solución específica en la ley. Ciertamente es que en este momento la respuesta legal es más clara que nunca, pero ello no significa que sea la más adecuada.

Muchos argumentos pueden esgrimirse para rechazar la línea restrictiva trazada por la Ley de Derechos del Paciente y propugnar, en cambio, una reforma legal destinada a

conceder plena validez al consentimiento de las embarazadas menores de edad. Con la condición, naturalmente, de que se trate de menores que no padezcan alguna clase de deficiencia o anomalía psíquica que les impida comprender el sentido de la intervención abortiva.

Los argumentos son los siguientes:

a) **Tendencia general de la legislación española a reconocer capacidad progresiva a los menores para ejercer sus derechos.** Nuestra legislación ha avanzado en los últimos años de forma decidida en la línea de conceder cada vez mayor relevancia a la autonomía de quienes aún no han cumplido los dieciocho años de edad, reconociéndoles una capacidad progresiva para hacerse responsables por sus propios actos y para ejercer por sí mismos los derechos que les otorga el ordenamiento jurídico. Así se infiere, por ejemplo, de la LO 5/2000, de 12 de enero, que sitúa el punto de inicio de la responsabilidad penal de los menores en los catorce años de edad, frente a los dieciséis de épocas pasadas.

Pero, sobre todo, han de tenerse en cuenta los principios generales establecidos por la LO 1/1996, de 5 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuya Exposición de Motivos resulta particularmente esclarecedora, al afirmar que “el ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, van reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás”, añadiendo más adelante que el mejor modo de proteger a los menores es “promover su autonomía como sujetos”, de manera que puedan “ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro”. De ahí que, ya en términos estrictamente normativos, el art. 2º de la Ley imponga la interpretación restrictiva para “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores”.

b) **Naturaleza personalísima del derecho a decidir sobre la maternidad.** Si bien el CC atribuye a los padres que ostentan la patria potestad la representación de sus hijos menores de edad no emancipados, exceptúa de esta regla general, entre otros casos, “los actos relativos a los 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” (art. 162. 1º CC). Parece indiscutible que el derecho a decidir sobre la maternidad ha de considerarse incluido entre estos derechos personalísimos cuyo ejercicio queda así reservado a la propia menor siempre que sus condiciones de madurez lo permitan.

c) **Capacidad para contraer matrimonio a partir de los catorce años de edad.** Si la legislación civil permite el matrimonio de menores de edad emancipados a partir de los dieciséis años –e incluso a partir de los catorce con dispensa judicial (arts. 46 y 48 CC)–, cabe colegir que los considera maduros a partir de esa edad para afrontar cuantas conse-

cuencias se deriven de ese vínculo, entre las que se encuentra la posibilidad de un embarazo.

d) Reconocimiento de plena libertad sexual a los menores a partir de los trece años.

Un análisis sistemático de la legislación penal relativa a los delitos sexuales permite inferir que nuestro ordenamiento jurídico reconoce capacidad a los menores a partir de los trece años de edad para decidir sobre su sexualidad, pues el contacto sexual con menores que han cumplido esa edad sólo es delictivo si se realiza contra la voluntad del menor o utilizando abuso o engaño –y, obviamente, si se persigue su prostitución–. Si a partir de los trece años se reconoce a los menores el libre ejercicio de su sexualidad, lógico es pensar que también se les considera maduros para afrontar las consecuencias de tales actos, incluido un posible embarazo.

e) Insuficiencia del consentimiento de los representantes legales para justificar la intervención abortiva en caso de voluntad de la menor de continuar con la gestación.

No parece jurídicamente admisible que los padres o tutores de una menor puedan forzarla a interrumpir la gestación contra su voluntad. La tajante exigencia legal del “consentimiento expreso de la embarazada” como presupuesto imprescindible para la licitud del aborto impide admitir que los representantes de la menor tengan capacidad para consentir el aborto cuando ésta decide continuar con el embarazo. Y ello aunque actúen en el interés exclusivo de la menor embarazada. Es más, en estos casos no sólo se trataría de un aborto punible, sino que estaríamos ante el supuesto más grave de cuantos contempla el CP: el aborto practicado sin consentimiento de la mujer (art. 144 CP).

El principal argumento para mantener este punto de vista reside en el respeto del derecho a la maternidad, un derecho que en última instancia no es más que una forma de concreción de la libertad personal de toda mujer embarazada. Y si del derecho a decidir sobre la maternidad se trata, el mismo principio debería aplicarse en todos los casos donde esté en juego este aspecto personalísimo de la vida de la mujer, sea para proteger y secundar su decisión de seguir adelante con la gestación, sea para interrumpirla cuando concurre alguno de los supuestos permitidos por la ley. De ahí la posibilidad de poner seriamente en duda la facultad de los representantes legales para interferir en la decisión de la menor de interrumpir la gestación en un supuesto indicado.

f) La exigencia del consentimiento paterno no es coherente con la regulación general del consentimiento de menores en materia de intervenciones clínicas.

Si la Ley 41/2002 da preferencia a la voluntad del menor incluso en intervenciones que impliquen un “peligro grave” –se entiende para la vida o salud del menor–, ningún sentido tiene que se niegue a esos mismos menores la capacidad de consentir una interrupción del embarazo que en la mayoría de los supuestos no pasa de ser una intervención ambulatoria con escasos riesgos para la salud.

Además, la obligación legal del consentimiento paterno como presupuesto de las IVE puede impulsar a muchas menores al ámbito de los abortos clandestinos, con todos los peligros para la salud e incluso para la vida que estas prácticas ilegales conllevan.

Por todo ello, parece conveniente abogar por la modificación del apartado 4 del art. 9 de la Ley 41/2002 de cara a eliminar la referencia a la interrupción voluntaria del embarazo entre las excepciones a la validez del consentimiento de los menores de edad. Conforme a esta propuesta, el art. 9.4. de la Ley 41/2002 quedaría redactado así: “La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”.

No parece necesaria, sin embargo, una regulación específica sobre el consentimiento de menores de edad para la práctica del aborto, puesto que resulta suficiente y adecuada la previsión general del art. 9.3 de la misma Ley, en cuya virtud, como ya se ha dicho, se reconoce plena validez al consentimiento de los menores de edad con dieciséis años cumplidos e incluso antes si tienen capacidad para comprender el alcance de la intervención clínica.

De esta manera, las interrupciones del embarazo practicadas a menores con dieciséis años cumplidos no necesitarían como regla general del consentimiento del representante legal, bastando con la sola voluntad de la embarazada.

En caso de conflicto entre la voluntad de la menor y sus representantes legales –si por la edad o condición fuera necesario su consentimiento–, la decisión debería tomarla el juez, atendiendo exclusivamente al interés de la menor y excluyendo cualquier consideración basada en las creencias religiosas o ideología de él mismo o de sus representantes legales.

6.4. Regulación de la objeción de conciencia

A diferencia de otras legislaciones de nuestro entorno, la objeción de conciencia relacionada con la interrupción voluntaria del embarazo no ha sido objeto de regulación específica en nuestro ordenamiento positivo, si bien ello no impide que esta pretensión pueda ser ejercida por el personal sanitario como expresión directa del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa que proclama el art. 16.1 de la Constitución.

Así lo reconoció el Tribunal Constitucional en su sentencia 53/1985 –FJ 14– y, desde entonces, ha sido profusamente invocado por el personal sanitario de los centros públicos, hasta el punto de que en muchas regiones de España resulta prácticamente imposible acceder a esta prestación si no es mediante el recurso a clínicas privadas. Esto ha dado lugar a importantes diferencias territoriales, con el consecuente efecto perjudicial para mu-

chas mujeres que se ven obligadas a trasladarse de una autonomía a otra para hacer posible su legítima pretensión de abortar en alguno de los supuestos permitidos por la ley.

De ahí la necesidad de no demorar más la regulación de tan trascendente derecho, a fin de compatibilizarlo con otros intereses –igualmente legítimos– que no pocas veces se ven afectados por la proliferación de objetores de conciencia.

El primer paso ha de consistir sin duda en el reconocimiento expreso del derecho a la objeción de conciencia, al estilo de lo que prevén las leyes alemana o italiana, entre otras. Así, la ley alemana de ayuda a la embarazada y a la familia²³ proclama en su parágrafo 12 que “nadie está obligado a tomar parte en 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 voluntaria del embarazo²⁴ 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 alegue objeción de conciencia mediante una declaración previa”.

Pero una vez garantizado el derecho, corresponde igualmente fijar las condiciones y límites de su ejercicio, entre los que deberían precisarse, al menos, los aspectos que a continuación se relacionan.

a) Un primer límite indiscutible –e indiscutido– se encuentra en las situaciones de **peligro grave para la vida** de la embarazada. Es una constante en las legislaciones que regulan la objeción de conciencia el establecer como salvedad los casos de riesgo vital para la mujer.

El mismo camino sigue la ya mencionada Proposición de Ley del Grupo Socialista de 2000, cuyo art. 4 establece que en caso de urgencia en la práctica del aborto por concurrir un riesgo vital para la gestante, tanto los médicos como el personal de enfermería y auxiliar “estarán obligados a prestar a la embarazada la asistencia que sea necesaria para salvar su vida, sin que puedan aducir razones de conciencia para eximirse de la responsabilidad en que pudieran incurrir por la denegación del auxilio debido”.

Menos evidente resulta la solución del conflicto cuando de la salud e integridad física de la mujer se trata. Algunas propuestas son excesivamente amplias, dando primacía de modo general a aquellos bienes de la mujer con independencia del tipo de perjuicio que pueda derivarse de la demora en la ejecución del aborto (Grupo de Estudios de Política Criminal, 1995:34). Pero un criterio tan difuso parece poco compatible con el rango constitucional de la objeción de conciencia. El respeto debido al contenido esencial de este de-

²³ Ley de 21 de agosto de 1995.

²⁴ Ley de 22 de mayo de 1978.

recho exige que de alguna manera se tenga en cuenta la gravedad del mal que amenaza, de modo tal que el médico sólo se vea obligado a relegar sus convicciones morales en casos de notoria trascendencia para la integridad física o la salud futura de la embarazada.

Un buen ejemplo lo ofrece aquí la ley alemana, cuyo parágrafo 12 declara no aplicable el derecho a la objeción de conciencia “cuando la intervención sea necesaria para evitar a la embarazada un peligro de muerte u otro perjuicio grave para la salud que no sea evitable de modo distinto”.

b) En orden a regular de manera adecuada las condiciones de ejercicio del derecho, resulta conveniente que la ley determine de forma más o menos precisa el círculo de **suje- tos que pueden alegar objeción de conciencia**.

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 otros 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.

Tales prácticas, frecuentes en nuestro país, obstaculizan de modo severo la ejecución normalizada de interrupciones del embarazo en la sanidad pública. Pero, además, acaban por distorsionar la naturaleza misma de la objeción de conciencia, al quitarle su carácter de excepcionalidad para convertirla en la regla general de la que el personal sanitario no objetor se ve obligado a desvincularse mediante una declaración expresa.

En lo relativo a las personas concretas que podrían alegar objeción de conciencia, existe consenso en atribuir esta facultad a todos los profesionales de la sanidad que puedan verse implicados de modo directo en la ejecución de un aborto: médicos especialistas en Obstetricia y Ginecología, ATS, auxiliares de clínica, anestesiistas, etc.

En cambio, no parece razonable extenderlo a los médicos que cumplen tareas de dirección o administración de un centro público en el que se practican interrupciones legales del embarazo –director, jefes de servicio o similares– respecto de los actos directamente asociados al ejercicio de esas funciones –distribución de tareas, asignaciones presupuestarias, suministros, etc.– (conforme: Romeo Casabona, 1996:93-4). Sin perjuicio, obviamente, de su derecho a negarse a intervenir en la ejecución material de las intervenciones abortivas.

También carece de justificación el intento de ampliar el derecho a la objeción de conciencia al personal administrativo y laboral por actos asociados de modo indirecto a la práctica de un aborto, como sería el caso del personal de recepción, camilleros, limpia-

dores y otros semejantes (lo admite Siera Mucientes, 2000:230; para el caso italiano, Zanchetti, 1992:233-5). Ninguna de estas personas tiene vinculación directa con la destrucción de la vida en gestación y, por tanto, sus actos han de inscribirse dentro de las funciones normales de la actividad de un centro sanitario.

c) Lo dicho hasta aquí pone de manifiesto que, en realidad, lo decisivo no son las características profesionales o personales de quien pretende objetar, sino más bien el tipo de actos que realiza. De ahí la necesidad de una delimitación normativa del **objeto de la objeción al aborto**.

Una línea adecuada sigue en este punto la ley italiana de 1978, que declara aplicable la objeción de conciencia a todos los actos “necesaria y específicamente dirigidos a determinar la interrupción del embarazo”, excluyendo, en cambio, la asistencia anterior o posterior a la intervención” –art. 9– (en la misma línea: Grupo de Estudios de Política Criminal, 1995:33).

En cuanto a los actos posteriores –revisiones subsiguientes, intervenciones médicas por complicaciones vinculadas a la ejecución del aborto, etc.–, su exclusión del ámbito de la objeción de conciencia se debe a que, al no estar ya presente la vida intrauterina, desaparecen las bases del conflicto ético que podía justificar la inhibición del profesional. Admitir el derecho a objetar en estos casos supondría tanto como reconocer al personal sanitario una especie de derecho a reprobado determinadas formas de vida de sus pacientes, una alternativa que entra en colisión directa con el derecho de todos los ciudadanos a la asistencia sanitaria, sin discriminación alguna por razón de sexo, religión o ideología, entre otros motivos²⁵.

Por lo que se refiere a los actos anteriores a la intervención, sólo deberían quedar abarcados por el derecho a la objeción de conciencia los directamente encaminados a la ejecución del aborto. No así las pruebas diagnósticas que, tras la correspondiente evaluación de los especialistas, pudieran desembocar en una interrupción del embarazo fundada en motivos terapéuticos o embriopáticos (Romeo Casabona, 1996:93). Este tipo de pruebas constituyen actos médicos normales que no van encaminados de forma directa a la destrucción de la vida intrauterina, sino a constatar el estado de salud de la mujer o, en su caso, las condiciones de desarrollo del embrión.

d) Otro aspecto sustancial de cara a la regulación de la objeción de conciencia es el relativo a su **forma de ejercicio**.

²⁵ En este punto se equivoca la Proposición de Ley socialista de 2000, al incluir estos casos como límites a la objeción de conciencia. Dice, en este sentido, el art. 4 de la propuesta que no podrán alegarse razones de conciencia “por el personal médico y sanitario para justificar la denegación de asistencia a una mujer cuya vida o salud se encuentren en grave peligro a consecuencia de una intervención de interrupción del embarazo”. De manera implícita, la proposición viene a reconocer así un derecho a la objeción respecto de actos posteriores al aborto, dejando a salvo, únicamente, aquéllos que impliquen un grave riesgo para la mujer.

Siguiendo los precedentes de otros países europeos (p.ej., Ley italiana nº 194/1978, art. 9), la mayoría de las propuestas de reforma en el ámbito español introducen la exigencia de una declaración previa de la condición de objetor ante la autoridad sanitaria competente, lo que impediría que el personal sanitario pudiera de modo inesperado y “caso a caso” (Navarro-Valls, 1986:309) declarar su rechazo a la ejecución de un aborto.

Un buen ejemplo lo encontramos en la propuesta que presentó en 1990 el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya²⁶, cuyo texto es el siguiente:

“El personal sanitario, médicos, ATS y demás personal facultativo podrá formular reserva de no participación en interrupciones voluntarias del embarazo comprendidas en los artículos anteriores ante la autoridad sanitaria competente. La reserva constará en un registro creado para tales supuestos. Esta reserva se entiende a los solos efectos del acto específico de la interrupción voluntaria del embarazo. En ningún caso es extensiva al cuidado y atención sanitaria general que toda persona puede requerir²⁷.”

Este requisito se dirige a conciliar el derecho a la objeción de conciencia con la legítima pretensión de las mujeres de tener acceso a una prestación sanitaria cuya legalidad viene expresamente prevista en el ordenamiento jurídico.

Su compatibilidad con la Constitución parece fuera de duda si se tiene en cuenta que, al no exigirse manifestación alguna de las razones que fundamentan el rechazo al aborto, sino tan sólo una comunicación formal de la condición de objetor, en nada resulta afectado el contenido de un derecho con relevancia constitucional (Ruiz Miguel, 1990:120). Se trata sencillamente de la regulación de su forma de ejercicio, una posibilidad que nuestra Ley Fundamental admite de modo expreso siempre que se respete su contenido esencial (art. 53.1 CE).

e) De cara a evitar fraudes de ley, es igualmente necesario que la ley contemple de modo claro y preciso las **incompatibilidades derivadas** de la declaración de la condición de objetor.

Una vez más, puede servir de modelo la mencionada proposición del Grupo Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, que expresa esta idea en los siguientes términos:

²⁶ BOCG, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie B, n. 37-1, 23 de abril de 1990.

²⁷ El camino diametralmente inverso siguió algunos años antes una propuesta del Grupo Parlamentario Popular, que expresamente abogaba por el ejercicio prácticamente ilimitado del derecho a la objeción de conciencia: “Este derecho –decía el proyecto– podrá ser ejercido en cada caso y de ninguna forma podrá ser exigida declaración alguna al respecto con carácter general ni previo”. BOCG, Congreso de los Diputados, II Legislatura, Serie B, n. 101-1, 22 de mayo de 1985.

“La formulación de la reserva conlleva para el personal que la ejerce la prohibición de practicar o intervenir en esta clase de intervenciones en cualquier tipo de centros, ya sean públicos o privados. La reserva se entiende revocada, cuando quien la presenta toma parte voluntariamente en establecimientos privados o públicos en interrupciones voluntarias del embarazo, sin perjuicio de las facultades sancionadoras que la Administración pueda tomar a tal efecto por tal acción.”

A ello debería añadirse una incompatibilidad similar para cumplir la función de asesoramiento previo propia del sistema del plazo por el que aquí se ha optado, sea en su versión más laxa de discusión con la embarazada de las razones que le llevan a abortar, sea en el sentido más restringido de proporcionarle información sobre las características médicas de una interrupción del embarazo.

El motivo es sencillo: quien de antemano declara que el aborto es un acto que repugna a su conciencia, difícilmente podrá adoptar una actitud neutral y matizada en el momento en que mayor comprensión necesita la mujer. La parcialidad previsible en estas situaciones puede repercutir en una presión psicológica sobre la embarazada claramente contraria a su derecho de decidir en libertad.

f) Para hacer compatible el derecho a la objeción de conciencia con otros intereses en juego, es conveniente que la ley contemple de modo expreso el deber de la Administración sanitaria de asegurar la práctica normalizada de interrupciones del embarazo en centros públicos o concertados (Grupo de Estudios de Política Criminal, 1995:34).

Para ello es preciso que se garantice la presencia de personal sanitario no objetor en un número suficiente de centros públicos –o concertados– en todas las áreas geográficas, evitando así el obligado desplazamiento de la embarazada a un lugar distinto al de su residencia habitual. En el cumplimiento de este deber, la Administración podrá recurrir a la movilidad geográfica –así la ley italiana– o a la contratación específica de personal no objetor.

g) Obviamente, la ley ha de asegurar que la declaración de objeción de conciencia no tenga efecto negativo alguno para el objetor, ni en lo relativo a la asignación de tareas ni a las posibilidades de ascenso ni tampoco a sus derechos laborales.

Bibliografía

- Bacigalupo, S., y Gropengiesser. H. (1996), La reciente reforma de la regulación de la interrupción del embarazo en Alemania y su influencia en la actual discusión española. *Cuadernos de Política Criminal*, 59, 527-69.
- Delgado, M., y Barrios, L. (2004), Los determinantes de la interrupción del embarazo en España. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, inédito.
- Eser, A., y Koch, H.G. (1988), Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich. Baden-Baden, Nomos.
- Eser, A., y Koch H.G. (1991), Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung vor dem Bundestag-Sonderausschuss "Schutz des ungeborenen Lebens" vom 13-15-11-1991. Dictamen presentado por los autores con motivo de la última reforma del aborto en Alemania.
- Grupo de Estudios de Política Criminal (1995), Una alternativa al tratamiento jurídico de la objeción de conciencia. Málaga.
- Ibáñez y García-Velasco, J. L. (1992), La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX. Madrid, Siglo Veintiuno.
- Informe del Gobierno a las Cortes Generales realizado a instancias del Grupo Parlamentario Socialista que en una Proposición no de ley instó al Gobierno a realizar un informe 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" (1991).
- Laurenzo Copello, P. (2000), El aborto en la jurisprudencia: crítica y alternativas. *Artículo 14. Una perspectiva de género*, 5, 3-8.
- Lema Añón, C. (2002), Sobre el consentimiento de las menores para la interrupción voluntaria del embarazo. *Jueces para la Democracia*, 43, (marzo/2002), 34-38.
- Marín Gámez, J.A. (1996), Aborto y Constitución. Jaén, Universidad de Jaén.
- Navarro-Valls, R. (1986), La objeción de conciencia al aborto: Derecho comparado y Derecho español. En *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, II, 257-310.
- Romeo Casabona, C. (1996), La objeción de conciencia en la praxis médica, en Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- Romeo Casabona, C. (2004), Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética. Granada, Comares.

Romeo Malanda, S. (2003), Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre Derechos de los Pacientes (y II). *La Ley*, 5186:1-6.

Ropero Carrasco, J. (2003), La insuficiencia del sistema de indicaciones en el delito de aborto. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LVI, 211-251.

Ruiz Miguel, A. (1990), El aborto: problemas constitucionales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Siera Mucientes (2000), La objeción de conciencia sanitaria. Madrid, Dykinson.

Zanchetti (1992), La legge sull'interruzione della gravidanza. Padova, Cedam.

Documentos de trabajo publicados

- 1/2003. **Servicios de atención a la infancia en España: estimación de la oferta actual y de las necesidades ante el horizonte 2010.** María José González López.
- 2/2003. **La formación profesional en España. Principales problemas y alternativas de progreso.** Francisco de Asís de Blas Aritio y Antonio Rueda Serón.
- 3/2003. **La Responsabilidad Social Corporativa y políticas públicas.** Alberto Lafuente Félez, Víctor Viñuales Edo, Ramón Pueyo Viñuales y Jesús Llaría Aparicio.
- 4/2003. **V Conferencia Ministerial de la OMC y los países en desarrollo.** Gonzalo Fanjul Suárez.
- 5/2003. **Nuevas orientaciones de política científica y tecnológica.** Alberto Lafuente Félez.
- 6/2003. **Repensando los servicios públicos en España.** Alberto Infante Campos.
- 7/2003. **La televisión pública en la era digital.** Alejandro Perales Albert.
- 8/2003. **El Consejo Audiovisual en España.** Ángel García Castillejo.
- 9/2003. **Una propuesta alternativa para la Coordinación del Sistema Nacional de Salud español.** Javier Rey del Castillo.
- 10/2003. **Regulación para la competencia en el sector eléctrico español.** Luis Atienza Serna y Javier de Quinto Romero.
- 11/2003. **El fracaso escolar en España.** Álvaro Marchesi Ullastres.
- 12/2003. **Estructura del sistema de Seguridad Social. Convergencia entre regímenes.** José Luis Tortuero Plaza y José Antonio Panizo Robles.
- 13/2003. **The Spanish Child Gap: Rationales, Diagnoses, and Proposals for Public Intervention.** Fabrizio Bernardi.
- 13*/2003. **El déficit de natalidad en España: análisis y propuestas para la intervención pública.** Fabrizio Bernardi.
- 14/2003. **Nuevas fórmulas de gestión en las organizaciones sanitarias.** José Jesús Martín Martín.
- 15/2003. **Una propuesta de servicios comunitarios de atención a personas mayores.** Sebastián Sarasa Urdiola.
- 16/2003. **El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma.** Olga Fuentes Soriano.
- 17/2003. **Propuestas para una regulación del trabajo autónomo.** Jesús Cruz Villalón.
- 18/2003. **El Consejo General del Poder Judicial. Evaluación y propuestas.** Luis López Guerra.
- 19/2003. **Una propuesta de reforma de las prestaciones por desempleo.** Juan López Gandía.
- 20/2003. **La Transparencia Presupuestaria. Problemas y Soluciones.** Maurici Lucena Betriu.
- 21/2003. **Análisis y evaluación del gasto social en España.** Jorge Calero Martínez y Mercè Costa Cuberta.
- 22/2003. **La pérdida de talentos científicos en España.** Vicente E. Larraga Rodríguez de Vera.
- 23/2003. **La industria española y el Protocolo de Kioto.** Antonio J. Fernández Segura.
- 24/2003. **La modernización de los Presupuestos Generales del Estado.** Enrique Martínez Robles, Federico Montero Hita y Juan José Puerta Pascual.
- 25/2003. **Movilidad y transporte. Opciones políticas para la ciudad.** Carme Miralles-Guasch y Àngel Cebollada i Frontera.
- 26/2003. **La salud laboral en España: propuestas para avanzar.** Fernando G. Benavides.
- 27/2003. **El papel del científico en la sociedad moderna.** Pere Puigdomènech Rosell.
- 28/2003. **Tribunal Constitucional y Poder Judicial.** Pablo Pérez Tremps.
- 29/2003. **La Audiencia Nacional: una visión crítica.** José María Asencio Mellado.
- 30/2003. **El control político de las misiones militares en el exterior.** Javier García Fernández.
- 31/2003. **La sanidad en el nuevo modelo de financiación autonómica.** Jesús Ruiz-Huerta Carbonell y Octavio Granado Martínez.
- 32/2003. **De una escuela de mínimos a una de óptimos: la exigencia de esfuerzo igual en la Enseñanza Básica.** Julio Carabaña Morales.

- 33/2003. **La difícil integración de los jóvenes en la edad adulta.** Pau Baizán Muñoz.
- 34/2003. **Políticas de lucha contra la pobreza y la exclusión social en España: una valoración con EspaSim.** Magda Mercader Prats.
- 35/2003. **El sector del automóvil en la España de 2010.** José Antonio Bueno Oliveros.
- 36/2003. **Publicidad e infancia.** Purificación Llaquet, M^a Adela Moyano, María Guerrero, Cecilia de la Cueva, Ignacio de Diego.
- 37/2003. **Mujer y trabajo.** Carmen Sáez Lara.
- 38/2003. **La inmigración extracomunitaria en la agricultura española.** Emma Martín Díaz.
- 39/2003. **Telecomunicaciones I: Situación del Sector y Propuestas para un modelo estable.** José Roberto Ramírez Garrido y Juan Vega Esquerrá.
- 40/2003. **Telecomunicaciones II: Análisis económico del sector.** José Roberto Ramírez Garrido y Álvaro Escribano Sáez.
- 41/2003. **Telecomunicaciones III: Regulación e Impulso desde las Administraciones Públicas.** José Roberto Ramírez Garrido y Juan Vega Esquerrá.
- 42/2004. **La Renta Básica. Para una reforma del sistema fiscal y de protección social.** Luis Sanzo González y Rafael Pinilla Pallejà.
- 43/2004. **Nuevas formas de gestión. Las fundaciones sanitarias en Galicia.** Marciano Sánchez Bayle y Manuel Martín García.
- 44/2004. **Protección social de la dependencia en España.** Gregorio Rodríguez Cabrero.
- 45/2004. **Inmigración y políticas de integración social.** Miguel Pajares Alonso.
- 46/2004. **TV educativo-cultural en España. Bases para un cambio de modelo.** José Manuel Pérez Tornero.
- 47/2004. **Presente y futuro del sistema público de pensiones: Análisis y propuestas.** José Antonio Griñán Martínez.
- 48/2004. **Contratación temporal y costes de despido en España: lecciones para el futuro desde la perspectiva del pasado.** Juan J. Dolado y Juan F. Jimeno.
- 49/2004. **Propuestas de investigación y desarrollo tecnológico en energías renovables.** Emilio Menéndez Pérez.
- 50/2004. **Propuestas de racionalización y financiación del gasto público en medicamentos.** Jaume Puig-Junoy y Josep Llop Talaverón.
- 51/2004. **Los derechos en la globalización y el derecho a la ciudad.** Jordi Borja.
- 52/2004. **Una propuesta para un comité de Bioética de España.** Marco-Antonio Broggi Trias.
- 53/2004. **Eficacia del gasto en algunas políticas activas en el mercado laboral español.** César Alonso-Borrego, Alfonso Arellano, Juan J. Dolado y Juan F. Jimeno.
- 54/2004. **Sistema de defensa de la competencia.** Luis Berenguer Fuster.
- 55/2004. **Regulación y competencia en el sector del gas natural en España. Balance y propuestas de reforma.** Luis Atenza Serna y Javier de Quinto Romero.
- 56/2004. **Propuesta de reforma del sistema de control de concentraciones de empresas.** José M^a Jiménez Laiglesia.
- 57/2004. **Análisis y alternativas para el sector farmacéutico español a partir de la experiencia de los EE UU.** Rosa Rodríguez-Monguió y Enrique C. Seoane Vázquez.
- 58/2004. **El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma.** Germán Fernández Farreres.
- 59/2004. **Políticas de apoyo a la innovación empresarial.** Xavier Torres.
- 60/2004. **La televisión local entre el limbo regulatorio y la esperanza digital.** Emili Prado.
- 61/2004. **La universidad española: soltando amarras.** Andreu Mas-Colell.
- 62/2005. **Los mecanismos de cohesión territorial en España: un análisis y algunas propuestas.** Ángel de la Fuente.
- 63/2005. **El libro y la industria editorial.** Gloria Gómez-Escalonilla.
- 64/2005. **El gobierno de los grupos de sociedades.** José Miguel Embid Irujo, Vicente Salas Fumás.
- 65(I)/2005. **La gestión de la demanda de electricidad Vol. I.** José Ignacio Pérez Arriaga, Luis Jesús Sánchez de Tembleque, Mercedes Pardo.
- 65(II)/2005. **La gestión de la demanda de electricidad Vol. II (Anexos).** José Ignacio Pérez Arriaga, Luis Jesús Sánchez de Tembleque, Mercedes Pardo.

66/2005. **Responsabilidad patrimonial por daño ambiental: propuestas de reforma legal.** Ángel Manuel Moreno Molina.

67/2005. **La regeneración de barrios desfavorecidos.** María Bruquetas Callejo, Fco. Javier Moreno Fuentes, Andrés Walliser Martínez.

