

ABORTO Y DERECHO A LA SEXUALIDAD: UN NUEVO MARCO PARA UN VIEJO DEBATE

*Patricia Laurenzo Copello
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Málaga*

La reapertura del debate

En el invierno de 2007-2008 se sucedieron en España una serie de denuncias contra clínicas acreditadas para la interrupción voluntaria del embarazo bajo el alegato de un fraude sistemático de la legislación penal en la materia. Esta ofensiva desembocó en la inculpación penal de varios médicos y personal auxiliar de las clínicas investigadas y arrastró igualmente a un buen número de mujeres que, en detrimento de su intimidad, se vieron expuestas a indagaciones policiales y judiciales por supuesto aborto ilegal.

Estos sucesos pusieron de manifiesto la incapacidad de la actual legislación del aborto para garantizar la confidencialidad de las mujeres y la seguridad jurídica del personal sanitario y reavivaron las clásicas demandas del feminismo en favor de un modelo de interrupción voluntaria del embarazo basado en la autonomía de las mujeres para decidir cómo, cuando y con quien reproducirse. Todo ello desembocó en el anuncio del gobierno socialista de elaborar un nuevo marco normativo en sustitución del ya obsoleto artículo 417 bis –único superviviente de un Código penal derogado hace más de diez años-.

Con el fin de preparar la reforma y conocer en profundidad el panorama actual del aborto en la sociedad española, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó el 16 de octubre de 2008 la creación de una subcomisión especial destinada a evaluar y elaborar unas conclusiones sobre la legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo, conclusiones que fueron presentadas a finales de febrero de 2009 con el apoyo del grupo socialista y otros grupos políticos minoritarios y la oposición del Partido Popular -que se pronunció a favor del mantenimiento de la legislación en los términos actuales y de un estricto control de su aplicación en la práctica médica-. De forma paralela, el Ministerio de Igualdad constituyó un Comité de Personas Expertas para elaborar un “informe sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España y

propuestas para una nueva regulación”, que se hizo público el 5 de marzo de 2009¹.

Ambos documentos coinciden en proponer la sustitución del actual sistema de indicaciones por un modelo de plazos, con el fin de garantizar la autonomía de las mujeres para decidir sobre su embarazo durante la fase inicial de la gestación –en torno a las catorce primeras semanas-. De forma complementaria, se sugiere el mantenimiento de dos indicaciones destinadas a captar los supuestos de detección tardía de riesgos para la vida o salud de la embarazada o anomalías fetales graves. El Informe del Comité de Personas Expertas apunta al límite temporal de las 22 semanas de gestación para estas indicaciones, coincidiendo con el inicio de la viabilidad extrauterina que hace posible un parto prematuro inducido sin necesidad de destrucción del feto. De modo excepcional, se prevé la licitud del aborto incluso en una fase más avanzada de la gestación cuando se detecten en el feto anomalías incompatibles con la vida.

La otra gran novedad de estas propuestas consiste en sustraer la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo del contexto del Código Penal por considerar que se trata de un asunto de salud pública que requiere un tratamiento integrado con otras políticas de salud sexual y reproductiva totalmente ajenas al ámbito punitivo.

Como era de esperar, estas iniciativas han reabierto el viejo enfrentamiento entre partidarios y detractores del aborto, con la inevitable mezcla de razones jurídicas, morales y religiosas que siempre le han acompañado. Sin embargo, por lo que se refiere al debate estrictamente jurídico –y dejando a un lado las posturas más radicales de los sectores antiabortistas- resulta esperanzador el cambio de enfoque que se ha producido en los últimos tiempos. Frente a las irresolubles disputas sobre el valor de la vida anterior al nacimiento que monopolizaron el discurso jurídico de los años ochenta, en esta nueva etapa las divergencias sobre el valor intrínseco del embrión han cediendo protagonismo a nuevos argumentos vinculados a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y al significado que el embarazo tiene para ellas.

El modo en la que se está abordando la gestión política de la nueva reforma es un buen ejemplo de ese cambio de enfoque. No es casual, en efecto,

.....
1 El informe íntegro puede consultarse en <http://www.migualdad.es/noticias/pdf/INFORME-COMITE050309.pdf>. Como integrante de este Comité tuve la posibilidad de conocer muchos de los datos y argumentos que se exponen en este trabajo.



que la elaboración y coordinación del proyecto de ley se encomendara en esta ocasión al Ministerio de Igualdad o que la subcomisión parlamentaria creada en 2008 funcionara también en el ámbito de la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados. Con ello queda patente la opción política por vincular el tratamiento legal del aborto no sólo al estatuto jurídico del embrión -como sucedió en el proceso legislativo que concluyó en 1985 con la aprobación del aún vigente artículo 417 bis-, sino además, y en primera línea, con el estatuto de igualdad de las mujeres.

Los nuevos argumentos jurídicos: aborto y derechos reproductivos.

En el actual proceso de reforma del aborto se detecta un cambio significativo –y esperanzador- en el enfoque del debate. A diferencia de lo que sucedió en la década de 1980, época en la que todas las miradas se dirigían al embrión –ya fuera para reducirlo a una parte del cuerpo de la mujer o para reconocerle idéntico valor que a la vida humana posterior al nacimiento-, en esta nueva etapa adquiere protagonismo la perspectiva de la mujer embarazada.

Incluso los grupos conservadores claramente contrarios a cualquier ampliación del actual modelo de indicaciones han adoptado esta perspectiva y se muestran “compresivos” con las mujeres que interrumpen el embarazo, hasta el punto de asociar el aborto con una forma de violencia de género². Estos planteamientos parten de la premisa de que el aborto siempre es malo para las mujeres, “porque su naturaleza está preparada para dar vida, no para quitarla ya que la mujer es madre desde que concibe”³. Por eso entienden que el aborto implica siempre un conflicto psíquico y emocional al que muchas mujeres acuden por no encontrar otra salida, porque el Estado las deja solas, sin ofrecerles alternativas. De esta manera, las mujeres que abortan no aparecen ya como asesinas despiadadas –tal como las des-

.....
 2 El Voto Particular del Grupo Parlamentario Popular al Informe de la Subcomisión sobre la aplicación de la legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo (16 de febrero de 2009) vincula el aborto con la violencia de género por entender que “en caso de problemas el hombre se desentiende de la paternidad y coacciona a la mujer para que se libere del fruto del embarazo”. Por eso entiende el Grupo Popular que una ampliación de la legislación actual podría profundizar en esa situación de violencia ya que “está en juego que la mujer no se encuentre en nuestra sociedad coaccionada a algo tan grave y trascendente como un aborto, por un entorno jurídico permisivo, aliado a un entorno social todavía muy machista que considera el embarazo una cosa de la mujer en muchas ocasiones”.

3 Voto Particular del Grupo Parlamentario Popular al Informe de la Subcomisión sobre la aplicación de la legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo (16 de febrero de 2009)



cribían los sectores antiabortistas más radicales en los años ochenta- sino como víctimas de una situación injusta, de una sociedad egoísta que no las ampara, que las deja solas frente a su drama personal.

Ciertamente, estos planteamientos incurren en el defecto de partida de considerar a las mujeres como “máquinas reproductoras”⁴ biológica y afectivamente determinadas, un enfoque propio del pensamiento patriarcal que limita de entrada las posibilidades de autorrealización femenina al supeditar sus perspectivas vitales a una especie de mandato de la naturaleza llamado a encauzar su futuro. Pero aun así, resulta esperanzador que no se insista en identificar el aborto, sin paliativos, con un acto criminal y, sobre todo, que se reconozca que un embarazo no deseado implica siempre un serio conflicto personal para las mujeres. Estas consideraciones suponen un cambio significativo en el modo de observar el aborto consentido, al que ahora se valora como un asunto complejo en el que, además de la vida prenatal, entra en juego también la integridad personal de las propias mujeres.

Pero, sin duda, el cambio de enfoque más decisivo se observa del otro lado del escenario político. En consonancia con las directrices trazadas en el ámbito europeo e internacional, los sectores progresistas proponen una nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo directamente vinculada con las estrategias públicas sobre salud sexual y reproductiva, prestando especial atención a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Con ello se trata de superar la visión unilateral que primó en la reforma de 1985 -centrada únicamente en el valor intrínseco del embrión- para dar entrada también a la perspectiva de las mujeres que en un momento de sus vidas se enfrentan a un embarazo no deseado. Esa nueva mirada permite introducir en la valoración jurídica del aborto un elemento autónomo que hasta ahora permanecía en la oscuridad: el derecho de las mujeres a la sexualidad. El planteamiento es claro: las mujeres sólo pueden aspirar a una sexualidad totalmente libre -y, por tanto, en condiciones de igualdad con los hombres- si tienen el poder de controlar por sí mismas los eventuales efectos del ejercicio de esa sexualidad, entre los que se encuentra un posible embarazo. De ahí que se les deba garantizar el acceso pleno a los medios anticonceptivos menos agresivos y más eficaces para planificar su reproducción. Pero, también, si se encontraran con un embarazo, debe asegurarse a las mujeres un ámbito de autonomía suficiente para decidir por sí mismas sobre la continuación o no de la gestación. Sólo así podrán aspirar a tener el control pleno del ejercicio de su propia sexualidad.

.....
4 PITCH, Tamar, *Un derecho para dos*, Trotta, Madrid, 2003, p. 78.



En la base de este enfoque se encuentra la consideración del embarazo como una consecuencia de la fertilidad potencial de las mujeres –esto es, la posibilidad de procrear que tienen casi todas las mujeres que practican sexo heterosexual en determinadas franjas de edad-, un hecho que no siempre ni necesariamente viene asociado al deseo de la maternidad –es decir, al deseo de tener y criar un hijo o una hija⁵. Este punto de vista, propio del feminismo, se distancia de la muy arraigada pauta cultural que identifica el embarazo con el surgimiento instintivo de un deseo irrefrenable de ser madre, una amalgama que siempre acaba por culpabilizar –o, en el mejor de los casos por victimizar- a la mujer que interrumpe un embarazo no deseado. Frente a ese supuesto mandato de la naturaleza, el embarazo aparece aquí como una consecuencia posible del ejercicio de la sexualidad femenina, una consecuencia que ciertamente muchas mujeres asumen gustosas haciendo efectivo su deseo de ser madres. Pero no todas.

Esa relación entre derechos sexuales y embarazo ha estado muy presente en la normativa internacional y europea de los últimos años, que ha avanzado de forma notable hacia el reconocimiento pleno de los derechos reproductivos de las mujeres, incluida su capacidad para decidir cómo, cuando y con quién reproducirse. En esta línea cabe citar el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de Naciones Unidas, celebrada en El Cairo en 1994, donde se afirma que “la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia”. También la Plataforma de acción de la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer, que tuvo lugar en Beijing en 1995, proclama que “los derechos humanos de las mujeres incluyen su derecho a tener el control y a decidir libre y responsablemente sobre temas relacionados con su sexualidad, incluyendo la salud sexual y reproductiva...”. De modo aún más explícito, la Resolución del Parlamento Europeo sobre salud sexual y reproductiva y derechos en esta materia (2001/2128 INI) “recomienda que, para proteger la salud reproductiva y los derechos de las mujeres el aborto sea legal, seguro y accesible a todas las mujeres”⁶.

En suma, el actual debate sobre una posible reforma de la interrupción voluntaria del embarazo ha cambiado de punto de mira y, sin olvidar la debida consideración a la vida prenatal, ha vuelto la vista hacia la situación de

.....
5 PITCH, *Un derecho para dos*, cit., p. 82.

6 Recomendación nº 12.

las mujeres que deciden abortar. Por eso, los distintos criterios que hoy se sostienen sobre el tratamiento jurídico que debería darse al aborto no son ajenos a las versiones encontradas sobre el modo de concebir el sentido del embarazo en el mundo femenino.

Quienes entienden que todas las mujeres por su propia naturaleza están predeterminadas a la maternidad e identifican por ello de modo pleno embarazo y deseo de tener hijos -como las dos caras de una misma moneda-, lógicamente califican al aborto como algo malo en sí mismo y bajo cualquier circunstancia, incluso cuando la embarazada manifiesta de modo claro su decisión de interrumpir la gestación. Por eso el aborto será siempre un mal que debe intentar evitarse a las mujeres, aunque ello exija ponerles trabas incluso acudiendo al ámbito punitivo. Una ley estricta de prohibición del aborto representaría así un bien para las mujeres, en tanto les evitaría la tentación de recurrir a una vía desesperada que siempre repercutirá en un drama personal para ellas.

Por el contrario, quienes asocian el embarazo con la fecundidad femenina potencial, observan el aborto como uno de los medios para superar los obstáculos que pueden encontrar las mujeres en el ejercicio libre de su sexualidad. Aunque no como una alternativa más, ni tampoco la primera. Al contrario, todos los instrumentos internacionales que asumen esta perspectiva dejan claro que en ningún caso ha de promoverse el aborto como un método de planificación familiar⁷ y que las estrategias públicas han de orientarse a reducir el número de abortos. Pero si llega el caso de un embarazo no deseado, las mujeres han de tener la posibilidad de decidir por sí mismas en determinadas condiciones y dentro de un plazo razonable, porque sólo de ese modo tendrán el poder de controlar de forma plena su propia sexualidad, sin temor a posibles consecuencias penales por los efectos asociados a esa parcela de su vida personal. Ello explica igualmente la tendencia internacional a promover la no punición de las mujeres incluso en casos de abortos ilegales. Así, el Comité CEDAW sugiera que “en la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos”⁸. En la misma línea, el Parlamento Europeo

.....
7 Así el apartado 8.25. del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de las Naciones Unidas, El Cairo 1994 y Recomendación nº 8 de la Resolución del Parlamento Europeo sobre salud sexual y reproductiva y derechos en esta materia (2001/2128 INI)

8 Recomendación nº 24 del Comité CEDAW (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer) de 2 de febrero de 1999.



en 2001 hizo “un llamamiento a los Gobiernos de los Estados miembros y países candidatos para que se abstengan de procesar a mujeres a quienes se les haya practicado un aborto ilegal”⁹.

Si echamos la vista atrás, está claro que en el proceso de reforma del aborto que tuvo lugar en España en los años ochenta primó –igual que en muchos otros países europeos– la versión que califica el aborto como un hecho intrínsecamente perverso que no sólo perturba a la sociedad en su conjunto sino, sobre todo, a la propia mujer que interrumpe su gestación, frustrando su natural vocación maternal y cargándola para el resto de sus días con una culpabilidad y angustia difíciles de superar. Sobre este paradigma se asienta el sistema de indicaciones que rige hasta hoy en la legislación española, cuya base estratégica reside en el principio de prohibición penal del aborto –incluso del consentido– como manifestación de la desaprobación ética y social de este tipo de prácticas. Una prohibición que sólo cede cuando aparecen circunstancias externas a la voluntad de la mujer que a ojos de la sociedad son aún peores que el propio aborto – como una situación de riesgo para la vida o la salud de la embarazada, o una violación o, en fin, alguna clase de malformación fetal grave que hace insoportable o muy difícil la crianza del hijo.

En este modelo los límites del aborto permitido se deciden al margen del ámbito de autonomía de las mujeres. Nadie tiene en cuenta su posición frente al embarazo, sus conflictos vitales ni sus deseos respecto de la maternidad. En el sistema de indicaciones el papel de la embarazada queda reducido al de mera peticionaria de una intervención médica cuya oportunidad y posibilidad deciden otros –el propio legislador que decide por ella bajo qué condiciones un conflicto personal adquiere una entidad suficiente como para hacer inexigible la continuación del embarazo; también el médico, que determina si se dan las circunstancias descritas en el supuesto legal; e incluso el juez, que conserva la facultad de valorar en última instancia si la situación que llevó a la mujer a abortar tenía o no la trascendencia suficiente para justificar la intervención–.

Como es obvio, un sistema de estas características, construido de espaldas a la embarazada, entra en contradicción con las nuevas corrientes que vinculan la libertad en el ejercicio de la sexualidad femenina con el poder de controlar su propia fecundidad. Reconocer a las mujeres el derecho al libre

.....
9 Recomendación nº 13 de la Resolución del Parlamento Europeo sobre salud sexual y reproductiva y derechos en esta materia (2001/2128 INI))

ejercicio de la sexualidad supone concederles –en términos razonables- la facultad de decidir cuando, cómo y con quien reproducirse. Y esa facultad no es compatible con una legislación que impone el embarazo a las mujeres bajo amenaza penal, sin más excepciones que las establecidas por el legislador a partir de valoraciones externas que no tienen en cuenta la posición personal de la embarazada frente a la maternidad.

Eso explica que se propugne la sustitución del sistema de indicaciones por el modelo del plazo, cuya principal característica reside precisamente en dar cabida a la autonomía de la mujer como uno de los factores decisivos para la valoración jurídica de la interrupción voluntaria del embarazo. Pero no el único. El modelo del plazo es un sistema de *regulación jurídica* del aborto consentido, lo que significa que el legislador pone límites a la libertad de decisión de las mujeres. Y lo hace porque reconoce que en un aborto –aunque sea consentido- convergen intereses distintos que deben ser ponderados por el Derecho para alcanzar un equilibrio aceptable desde el punto de vista de las valoraciones imperantes en la sociedad en un momento determinado. Estas son las reglas del juego que trazó el Tribunal Constitucional en su conocida Sentencia 53/1985, cuando se pronunció sobre la legitimidad del sistema de indicaciones recogido en el artículo 417 bis.

Por eso, a la hora de construir una alternativa a la actual regulación del aborto es imprescindible tener en cuenta, también, la relevancia que nuestro ordenamiento concede a la vida prenatal, que en palabras del Tribunal Constitucional, “encarna un valor fundamental –la vida humana- garantizado en el artículo 15 de la Constitución”, por lo que “constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional”, si bien no es “titular del derecho fundamental” a la vida¹⁰. Ese encuadre constitucional da lugar al deber del Estado 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”¹¹. En otras palabras: la condición de bien jurídico constitucional que el TC 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 Derecho penal, se infiera con claridad una política pública respetuosa de la vida en gestación.

.....
10 STC 53/1985, F.J. 5. También STC 116/1999, F.J. 5.

11 STC 53/1985, F.J. 7.



Pero la protección constitucional del embrión no tiene carácter absoluto, como también ha declarado el TC, y por ello puede –y debe– ceder cuando entra en conflicto con otros intereses de jerarquía constitucional, en particular si éstos alcanzan el rango de derechos fundamentales, como es el caso de la libertad, la vida y la integridad física de la mujer, todo ello en el marco del respeto a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad que consagra el artículo 10 de nuestra Ley Fundamental¹². De ahí que resulte indiscutible la legitimidad, dentro del sistema valorativo constitucional español, de una ley que establezca ciertos márgenes de licitud de la interrupción voluntaria del embarazo. De hecho, así lo reconoció el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 1985 respecto del modelo de indicaciones.

Además, a diferencia de lo que pretenden los sectores antiabortistas, nada hay en las premisas trazadas por el TC que cierre las puertas al modelo del plazo. Primero, porque el Tribunal Constitucional nunca se ha pronunciado sobre este modelo, sino sólo sobre el sistema de indicaciones recogido en la ley de 1985, que fue el que se sometió a su juicio. Y, sobre todo, porque ninguno de los argumentos jurídicos que entonces elaboró el TC impide postular la legitimidad de otras alternativas. En este punto todavía permanecen abiertas casi todas las posibilidades, con exclusión, eso sí, de aquellas propuestas extremas que propugnan la total desaparición del delito de aborto del Código penal¹³. Fuera de los extremos, la legislación comparada ofrece un amplio abanico de posibilidades distintas al obsoleto sistema de indicaciones para regular la interrupción voluntaria del embarazo, cuyo punto en común reside en la tendencia a compatibilizar un espacio suficiente de libertad de decisión de la mujer con ciertos mecanismos prácticos destinados a favorecer la maternidad y evitar, al mismo tiempo, futuros embarazos no deseados. Es decir, modelos de regulación del aborto pensados para compatibilizar y resolver el conflicto de intereses que supone un embarazo no deseado. En esa línea se sitúa el Anteproyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, aprobado en Consejo de Ministros el 13 de mayo de 2009.

.....
12 STC 53/1985, F.J. 8.

13 Me refiero a quienes –anclados todavía en posturas del siglo pasado que negaban la presencia de vida humana en el embrión–, entienden que incluso la figura de aborto no consentido debería desaparecer del Código Penal, al tratarse de simples atentados a la integridad física y a la libertad de la embarazada que encuentran suficiente acomodo en los delitos de lesiones y coacciones.

Las características del nuevo sistema.

El Anteproyecto de Ley Orgánica¹⁴ que acaba de presentar el gobierno responde a una política legislativa novedosa en España que, por primera vez, reconoce de forma explícita la existencia de “derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva” de los ciudadanos (art. 1), estableciendo una serie de obligaciones de los poderes públicos destinadas, en general, a garantizar un “estado de bienestar físico, psicológico y sociocultural relacionado con la sexualidad” en “un entorno libre de coerción, discriminación y violencia” (art. 2 b). Dentro de ese contexto se regula la interrupción voluntaria del embarazo, a partir de una serie de premisas que internaré esbozar en las líneas siguientes.

1. Una de las principales novedades del actual proyecto consiste en sustraer la regulación del aborto no punible del Código Penal para incluirla en una Ley de Salud Sexual y Reproductiva de amplio alcance¹⁵.

En la base de esta propuesta se encuentra la idea de que el aborto constituye un problema de salud pública directamente asociado a la ausencia de políticas de educación sexual adecuadas entre los jóvenes y a las dificultades que todavía encuentran amplios sectores de la población para practicar sexo seguro, con el correspondiente riesgo de embarazos no deseados. Estas conclusiones se ven avaladas por la tendencia ascendente del número de abortos en España –que llegaron a 112.238 en 2007–, entre los que destaca, por una parte, el crecimiento constante de las interrupciones del embarazo en adolescente y, por otra, la fuerte incidencia de abortos en la población inmigrante. De hecho, la tasa de abortos en el grupo de edad de mujeres menores de 20 años se ha duplicado en la última década, pasando del 5,71 en 1998 al 13,79 en 2007¹⁶ y sigue la línea ascendente. Del mismo modo, varios estudios apuntan a que entre el 40 y el 50% de los abortos que se practican en España en la actualidad corresponden a mujeres no españolas¹⁷. Si bien no existen datos específicos sobre la nacionalidad de

14 Se trata del ya mencionado Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo de 2009. En adelante se citará como “Anteproyecto”.

15 Varios países europeos han optado por vincular la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo a la normativa sanitaria antes que al Código penal. Es el caso, por ejemplo, de Dinamarca, que regula esta materia en la Ley de Sanidad o de Francia, que la incorpora al Código de la Salud Pública (Libro II)

16 Se hace referencia a las tasas de IVE por 1000 mujeres en edad fértil. Fuente: Ministerio de Sanidad y Consumo

17 *La interrupción voluntaria del embarazo y los métodos anticonceptivos en jóvenes*, Ministerio



este grupo de usuarias, todo parece indicar que se trata fundamentalmente de mujeres inmigrantes que residen –de forma legal o no- en territorio español.

La realidad del aborto en la España actual está fuertemente asociada, por tanto, a defectos estructurales que apuntan a la necesidad de desarrollar estrategias públicas de salud sexual y reproductiva destinadas a facilitar el pleno ejercicio de la sexualidad de la población en condiciones seguras y con información adecuada para planificar la reproducción¹⁸.

Por lo demás, este nuevo contexto legislativo resulta coherente también con la postura que vincula la interrupción voluntaria del embarazo con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, tal como se explicó en el apartado anterior. De hecho, el Anteproyecto define la salud reproductiva –siguiendo la normativa internacional- como “la condición de bienestar físico, psicológico y sociocultural en los aspectos relativos a la capacidad reproductiva de la persona, que implica que se pueda tener una vida sexual segura, la libertad de tener hijos y de decidir cuándo tenerlos” (art. 2 c), aspecto este último que enlazan con la interrupción voluntaria del embarazo.

2. En línea con la mayoría de los países europeos, el Anteproyecto introduce en la legislación española el modelo del plazo, en virtud del cual se autoriza la práctica del aborto a petición de la mujer durante las primeras catorce semanas de gestación sin necesidad de alegar causa alguna, si bien han de cumplirse una serie de requisitos previos orientados a poner a la embarazada en condiciones de tomar una decisión informada y plenamente responsable.

Aquí reside el cambio principal del nuevo modelo, que abandona así el catálogo de circunstancias predeterminadas por la ley, propio del sistema de indicaciones, para dar mayor protagonismo a la voluntad de la embarazada. Este mismo camino ya lo recorrieron otras legislaciones de nuestro entorno, condicionadas, todas ellas, por el importante avance en el reconocimiento de los derechos de autonomía de las mujeres que se ha pro-

de Sanidad y Consumo, Serie Informes, Estudios e Investigaciones 2007, p. 32.

¹⁸ En esta misma línea el Grupo de Opinión del Observatorio de Bioética y Derecho de Barcelona entiende que “la interrupción voluntaria del embarazo constituye un problema social (y) no sólo jurídico o sanitario” –*Documento sobre la interrupción voluntaria del embarazo*, 2008, www.bioeticayderecho.ub.es–.

ducido en las últimas décadas¹⁹. En Europa acogen el modelo del plazo, con distintos matices, Alemania, Austria, Gran Bretaña, Francia, Finlandia, Suecia, Holanda, Italia, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca y Portugal.

Siguiendo la tendencia europea mayoritaria, el Anteproyecto español prevé que durante la fase inicial de la gestación –las primeras catorce semanas– la legitimidad del aborto gire fundamentalmente en torno a la petición de la propia embarazada, cuya decisión se respeta sin más condiciones que la de recibir información previa “relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad” (art. 14) y el transcurso de un período de espera de tres días desde la recepción de estos documentos hasta la fecha de la interrupción del embarazo. De esta manera, el Derecho reconoce a las mujeres un ámbito razonable de autonomía para decidir sobre una potencial maternidad, confiando en su responsabilidad para valorar la situación y para resolverla de forma adecuada. La entrega de información sobre ayudas públicas y derechos vinculados a la maternidad y la crianza de hijos e hijas, así como el período de espera, son mecanismos habituales en la legislación comparada que pretenden contribuir a que la embarazada pueda valorar su situación con pleno conocimiento de su entorno social y normativo, dotándola así de los instrumentos adecuados para tomar una decisión libre de presiones coyunturales.

El hecho de que se ponga el acento en los instrumentos públicos de apoyo a la maternidad es un claro indicador de la voluntad del Estado de favorecer por esta vía la continuación del embarazo, cumpliendo así con el deber de tutela de la vida en gestación que surge del ámbito constitucional. Se trata de un camino alternativo a la tradicional prohibición penal del aborto, pensado para tutelar la vida embrionaria con la mujer y no contra ella, como bien reconoció en su momento el Tribunal Federal Constitucional alemán²⁰.

3. Más allá del régimen general, el Anteproyecto contempla dos supuestos excepcionales en los que se permite abortar en fases más avanzadas de la gestación. Estas indicaciones pretenden captar ciertas situaciones en las que con posterioridad a la semana catorce surgen problemas importantes

.....
19 Pionera en la línea de sustituir el modelo de indicaciones por el plazo fue Alemania, donde, tras un complejo proceso de reforma, se perfiló un sistema de plazo con asesoramiento que ha servido de modelo a otras legislaciones. Me he referido ampliamente a este y otros sistemas alternativos a las indicaciones en *El aborto en la legislación española: una reforma necesaria*, 2005, www.fundacionalternativas.com/laboratorio.

20 Véase BVerfG, Sentencia de 28 de mayo de 1993. Publicada en JZ, número especial, 1993.



en el embarazo que pueden interferir en la inicial voluntad de procrear de la mujer. Tal es el caso de la aparición de algún riesgo grave para la vida o la salud de la embarazada o, también, el diagnóstico de graves anomalías fetales (interrupción del embarazo por causas médicas).

Por regla general, del aborto por estas causas sólo puede realizarse dentro de las veintidós semanas de gestación. Este límite coincide con el criterio médico de la viabilidad fetal, es decir, el momento a partir del cual se puede realizar un parto inducido con amplias posibilidades de supervivencia del recién nacido. Distintas razones pueden justificar esta limitación.

En la indicación terapéutica, el motivo fundamental reside en que a partir del momento en el que el feto puede sobrevivir fuera del útero de la mujer ya no se plantea un auténtico conflicto entre la vida prenatal y la vida o salud de la embarazada en la medida en que la ciencia médica permite atender ambos intereses sin sacrificar ninguno de ellos. Un parto inducido prematuro es suficiente aquí para contrarrestar el riesgo proveniente del embarazo y dejar el camino libre para la terapia que requiera la mujer. Piénsese, por ejemplo, en la detección de un cáncer que exija un tratamiento médico agresivo incompatible con el embarazo.

Más compleja resulta la justificación en el supuesto de graves anomalías fetales. Desde un punto de vista práctico, se alega que el plazo de veintidós semanas es suficiente porque la gran mayoría de los casos pueden detectarse dentro de ese período, de tal manera que no es preciso esperar a fases más avanzadas del embarazo para ejecutar el aborto, si éste fuera necesario. Pero más allá de este argumento pragmático, lo cierto es que el momento de la viabilidad marca un hito importante en el desarrollo de la vida prenatal porque a partir de entonces el feto ya está en condiciones de nacer y de integrarse a la sociedad sin depender para su evolución posterior de esa relación inescindible y única que representa el embarazo²¹. Esas expectativas de vida autónoma inmediata justifican que el Derecho

.....
 21 El Grupo de Opinión el Observatorio de Bioética y Derecho de Barcelona también apunta a la viabilidad fetal como límite de la permisividad del aborto, si bien fundamenta esta opción en argumentos neurológicos, en concreto, en el inicio de “las conexiones sinápticas hacia la corteza cerebral y en el interior de ésta” que permitirían afirmar que a partir de ese momento comienza “la vida propiamente humana” –*Documento sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo*, cit.–. Sin ánimo alguno de discutir las certezas científicas que alega el documento, entiendo que los intentos de fundamentar la licitud del aborto en criterios relacionados con la naturaleza de la vida prenatal estarán siempre condenados al fracaso, ya que existen muchas maneras de aproximarse a lo “humano” como característica de la vida en gestación y no encuentro razones decisivas para primera unas sobre otras.

incremente su tutela y, consecuentemente, reduzca al mínimo las posibilidades de abortar. Esta es la línea que sigue la mayoría de las legislaciones europeas, siendo algunas de ellas particularmente drásticas, como es el caso de Holanda donde el aborto está estrictamente prohibido a partir de la semana veinticuatro.

La propuesta española contempla, sin embargo, dos situaciones excepcionales en las que se permite el aborto en cualquier fase de la gestación, sin supeditarlo a plazo alguno. Se trata de los supuestos de “anomalías fetales incompatibles con la vida” y el de “una enfermedad extremadamente grave e incurable” en el feto (art. 15 del Anteproyecto). En estos casos la autorización del aborto corresponde a un comité clínico, que decidirá conforme a criterios técnico-científicos, si bien ha de oír a la embarazada si ella lo solicita. Se trata de supuestos extremos en los que la voluntad de la mujer de ser madre se ve truncada por acontecimientos dramáticos que sólo ella puede gestionar. Por eso resultaría totalmente desproporcionado que el Derecho la obligara a continuar con el embarazo bajo amenaza penal. Además, en el supuesto de anomalías incompatibles con la vida –cardiopatías severas, hidrocefalia, feto sin cerebro, etc.-, ni siquiera puede hablarse ya de una tutela constitucional de la vida prenatal, puesto que al concurrir en el feto una total incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a una “persona”, en el sentido del art. 10.1 de la Constitución, desaparece la dimensión que fundamenta –en opinión del Tribunal Constitucional– su condición de bien jurídico amparado por el artículo 15 de nuestra Ley Fundamental²².

4. Como se ha visto, uno de los pilares sobre los que se construye el nuevo sistema es el respeto de la autonomía de la mujer para tomar la decisión última sobre su embarazo. De ahí la importancia que se concede a las condiciones del consentimiento, que –además de ser expreso y por escrito²³– debe prestarlo la propia mujer embarazada. Esta última cuestión resulta particularmente polémica por lo que se refiere a las menores de edad.

Pese a la importancia que este asunto tiene en la práctica –no se puede perder de vista la incidencia cada vez más significativa de embarazos en adolescentes–, lo cierto es que hasta el año 2002 no existía una regulación específica sobre el consentimiento de menores en materia de aborto en

.....
 22 Este argumento lo desarrolló el TC para justificar la experimentación con embriones no viables, en su conocida Sentencia 116/1999, de 17 de junio (F.J. 9)

23 Salvo en el caso excepcional de urgencia por riesgo vital para la gestante: artículo 13 del Anteproyecto.



el derecho español²⁴. Fue la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, la que por primera vez abordó de modo explícito este tema, estableciendo el requisito de la mayoría de edad para consentir una interrupción voluntaria del embarazo.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 41/2002, la opinión doctrinal mayoritaria abogaba por el criterio 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 adecuadas para comprender el sentido y alcance de la intervención abortiva, característica que, en general, se admitía a partir de los dieciséis años de edad, sin descartar edades más tempranas si así lo indicaba el grado de madurez de la embarazada²⁵. También los tribunales parecían inclinados a reconocer la validez del consentimiento de las menores de edad. Sólo así se explica que existan varias Sentencias que castigan por delito de aborto *consentido* ciertos supuestos de prácticas abortivas ilegales sobre jóvenes menores de dieciocho años. 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 del Código Penal²⁶. De hecho, la Audiencia Provincial de Málaga llegó a admitir de forma explícita 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” (Sentencia núm. 49/2002, Sección 3ª, de 20 de abril)

Esta tendencia favorable a conceder relevancia al consentimiento de las menores de edad se vio claramente perturbada por la aprobación, en 2002, de la Ley de autonomía 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, el artículo 9.3

.....
24 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.

25 Este es también el criterio que se impuso en el derecho penal alemán. Véase al respecto, ESER, en SCHÖNKE/ SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 2001, parág. 218 a, núm. 61.

26 Argumento de Lema Añón, *Sobre el consentimiento de las menores para la interrupción voluntaria del embarazo*, Jueces para la Democracia, nº 43, marzo 2002, p. 37.

de la Ley 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. 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 o aquélla y no a sus propias convicciones personales. Tratándose de mayores de dieciséis años, su consentimiento es válido incluso respecto de actuaciones médicas 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 correspondiente.

Pero estos criterios generales sobre el consentimiento clínico de los y las menores de edad no alcanzan al supuesto de interrupción del embarazo, porque el art. 9.4. de la Ley 41/2002 lo excluye explícitamente junto a los ensayos clínicos y a las 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 del Código Civil que fija la mayoría de edad en los dieciocho años cumplidos –en consonancia con el art. 12 de la Constitución–.

La Ley 41/2002 supuso un grave retroceso en la forma de tratar a las mujeres embarazadas menores de edad en la medida en que las obligó 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 un asunto tan decisivo para su futuro como es el de la continuación o no de un embarazo. El problema no es marginal en nuestro país si se tiene en cuenta que las jóvenes se inician cada vez más temprano en el pleno ejercicio de la sexualidad, con el consiguiente riesgo de quedar embarazadas y enfrentarse a un posible aborto cuando todavía no han alcanzado los dieciocho años de edad.

El Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo propone una modificación de la Ley 41/2002 con el fin de someter a la interrupción del embarazo a los criterios



generales sobre consentimiento de menores en materia de intervenciones médicas, lo que supondría conceder relevancia al consentimiento de las menores a partir de los dieciséis años de edad.

Múltiples son los argumentos que avalan esta propuesta.

Ante todo, el proyecto se ajusta a la 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 más 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”.

Por otra parte, difícilmente se puede poner en duda la naturaleza personalísima del derecho a la maternidad, por lo que parece razonable recordar en este contexto la norma civil que reserva a los propios menores sometidos a patria potestad el ejercicio de “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 del Código Civil).

No menos importantes son las normas civiles sobre capacidad para contraer matrimonio. 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 (artículos 46 y 48 Código Civil)-, de donde cabe colegir que los considera maduros a partir de esa edad para afrontar cuantas consecuencias se deriven de ese vínculo, entre las que se encuentra la posibilidad de un embarazo.

En esa misma línea de pensamiento, parece razonable indagar igualmente en los criterios que sigue nuestro ordenamiento jurídico en lo atinente a la capacidad de los menores para ejercer su propia sexualidad. Un análisis sistemático de la legislación penal relativa a los delitos sexuales permite inferir que en este aspecto la edad relevante son los trece años, 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.

En otro orden de cosas, 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 solicitar una interrupción del embarazo cuando ella se niega y decide continuar con la gestación. Y ello aunque actúen en el interés exclusivo de la menor. 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 Código penal: el aborto practicado sin consentimiento de la mujer (art. 144 CP). Prevalece aquí el respeto del derecho de la menor a la maternidad. Y si del derecho a decidir sobre la maternidad se trata, parece razonable -y coherente- que el mismo principio se aplique siempre que esté en juego este aspecto personalísimo de la vida de la mujer, sea para proteger y secundar su decisión de seguir adelante con un embarazo, sea para interrumpirlo.

Pero más allá de todos estos argumentos, sorprende la propia incoherencia de la Ley 41/2002. En el contexto de una norma que da relevancia a la voluntad de una menor incluso en intervenciones clínicas que impliquen un "peligro grave" -se entiende para su vida o salud-, ningún sentido tiene que se niegue a esas mismas 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 o, incluso, un simple tratamiento farmacológico. Sólo subrepticios argumentos morales de difícil encaje en una norma destinada a regular los derechos de los ciudadanos en el ámbito médico pueden explicar la exigencia del consentimiento paterno que esta Ley proclama.

Además, tampoco debería subestimarse el riesgo de un retorno a la clandestinidad si se insiste en recortar de este modo la capacidad de decisión de las menores. Porque es obvio que el problema no lo tienen aquellas menores que cuentan con la comprensión y el apoyo de sus progenitores en el ejercicio de su propia sexualidad, sino las que aún viven esta parcela de su desarrollo personal con un sentimiento de culpa que las impulsa al secretismo. Y si ese es el motivo, ninguna ley las obligará a revelar su secreto a los padres. Antes bien, es posible que acudan a vías alternativas mucho más peligrosas para su salud y mucho más expuestas al descontrol y el abuso.

En suma, muchos son los argumentos que apuntan a la conveniencia de volver al criterio que se había impuesto en la doctrina y en la jurisprudencia antes de la Ley 41/2002, reconociendo a las menores –al menos a partir de los dieciséis años– capacidad para consentir por sí mismas una interrupción del embarazo, sin necesidad de acudir a su representante legal.



BIBLIOGRAFÍA

ESER, A (2001): "Parágrafo 218 a, núm. 61", en SCHÖNKE, A. y SCHRÖDER, H. (2001), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Munich, Beck, 26ª edición.

LAURENZO COPELLO, P. (2005): *El aborto en la legislación española: una reforma necesaria*, en www.fundacionalternativas.com/laboratorio.

LEMA AÑÓN, C. (2002): "Sobre el consentimiento de las menores para la interrupción voluntaria del embarazo", en *Jueces para la Democracia*, nº 43, marzo 2002, pp. 34-38.

MINISTERIO DE IGUALDAD (2009): "Informe sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España y propuestas para una nueva regulación", en <http://www.migualdad.es/noticias/pdf/INFORMECOMITE050309.pdf>.

MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO (2007): *La interrupción voluntaria del embarazo y los métodos anticonceptivos en jóvenes*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, Serie Informes, Estudios e Investigaciones.

OBSERVATORIO DE BIOÉTICA Y DERECHO DE BARCELONA (2008): *Documento sobre la interrupción voluntaria del embarazo*, en www.bioeticayderecho.ub.es.

PITCH, T. (2003): *Un derecho para dos*, Madrid, Trotta.

