

UNIVERSIDAD DE GIRONA

DERECHO A LA VIDA vs. ABORTO

EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN EN
ESPAÑA

NOELIA ITARTE ARRIETA

JUNIO 2015

TUTOR: MIGUEL ÁNGEL CABELLOS
GRADO EN CRIMINOLOGÍA

ÍNDICE

1	INTRODUCCIÓN	3
2	MARCO JURÍDICO ESPAÑOL DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO	6
2.1.	Fase previa a la Ley Orgánica de 1985.....	6
a)	Normativa franquista	6
b)	Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal BOCG de 17 de enero de 1980.....	6
2.2.	Problemas de la regulación restrictiva del aborto en los primeros años de vigencia de la Constitución. Turismo abortivo y aplicación de la ley penal.	7
a)	Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Diciembre de 1980.....	9
b)	Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Octubre de 1983.....	10
c)	Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de Junio de 1984	10
2.3.	Ley orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del código penal.....	11
a)	Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal BOCG de 23 de marzo de 1983	11
b)	Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de Abril de 1985	12
c)	Ley orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del código penal.....	14
2.4.	Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.	16
a)	Legislaciones europeas en materia de aborto.....	16
b)	Características generales de inserción de la LO 2/2010 en la legislación española.....	17
c)	Motivación de la iniciativa legislativa	18
d)	Aborto: derecho con rango orgánico	19
e)	Requisitos	20
f)	Sistema de plazos	20
g)	Menores de edad y aborto.....	22
h)	Información a las mujeres	23
i)	Derecho de los profesionales sanitarios a objetar	25
j)	Formación de los profesionales sanitarios.....	26
k)	Nueva enseñanza de educación sexual y afectiva	27
l)	Síntesis	28
2.5.	Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada	29

a)	Motivos de reforma.....	29
b)	Artículos modificados.....	31
2.6.	Proposición de Ley Orgánica para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo.	33
a)	Modificaciones.....	34
b)	Situación actual.....	34
3	<i>CONCLUSIONES</i>	35
4	<i>BIBLIOGRAFÍA</i>	39
5	<i>BIBLIOGRAFÍA WEB</i>	41
6	<i>LEGISLACIÓN UTILIZADA</i>	41
7	<i>SENTENCIAS CITADAS</i>	42

1 INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de este trabajo es echar la vista atrás y realizar un análisis de la legislación que ha habido en nuestro país en materia de aborto hasta el día de hoy.

El tema de la interrupción del embarazo está de plena actualidad en España y suscita mucha polémica, solo en 2013 en nuestro país se produjeron según el Ministerio de Sanidad Servicios Sociales e Igualdad¹ 108.690 interrupciones voluntarias del embarazo.

Si nos dirigimos a la Constitución Española² del 27 de diciembre de 1978, aparece el derecho a la vida recogido dentro del Título I. De los derechos y deberes fundamentales, Capítulo II. Derechos y libertades, Sección I. De los derechos fundamentales y de las libertades públicas.

Más concretamente el artículo 15³ indica que todos *“tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.”*

La primera parte que es lo que a nosotros nos concierne, indica, en primer lugar, derecho a la vida; y aquí tendremos que ver que significa la protección de la vida del nasciturus. Y en segundo lugar, integridad física y moral; en el caso concreto del aborto, que es el que estamos analizando, es la madre la que tiene ese derecho a la integridad.

Por lo tanto llegamos a un conflicto en el que tenemos que sopesar dos bienes jurídicos protegidos como son, la vida del nasciturus y el derecho a la integridad física y moral de la mujer embarazada.

Se suele presentar la duda de cuándo es el momento en que empieza la protección de la vida. A efectos penales, la vida prenatal va desde el momento de la anidación hasta el del nacimiento, cuando ya se habla de vida independiente. Esta vida prenatal se puede dar en forma de embrión o de feto.

Se considera embrión desde la anidación del óvulo fecundado en el útero materno, se produce a los 14 días de la fecundación. Se denomina feto cuando pasan dos meses y medio desde la anidación. Por ello existen dos teorías, la de la anidación y la de la fecundación. La primera considera que hay que proteger la vida prenatal desde que el

¹ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Gobierno de España. <https://www.msssi.gob.es/>

² Constitución Española. (BOE núm. 311, 29 de diciembre de 1978).

³ Artículo 15 Constitución Española de 1978.

óvulo fecundado anida en la pared del útero, y la segunda, indica que la protección debe darse desde la fecundación⁴.

Durante el proceso del embarazo, el concebido puede provocar tanto expectativas de bienestar como de incomodidad a sus progenitores. En el caso de que provoque placer se le considerará como “deseado”, sin embargo, si el concebido provoca rechazo será denominado como “no deseado”.

Este sentimiento de rechazo de la embarazada genera el impulso a abortar, ya que lo considera como una carga. Por tanto, la interrupción voluntaria del embarazo se trata de ponerle fin a la vida del concebido y no nacido, que es una carga y fuente de dolor⁵.

Según Silva Sánchez⁶, se percibe al concebido no deseado como atacante de los bienes y libertades de los progenitores. Por ello, se le ve como enemigo. Se ejerce sobre el enemigo una pretensión de exclusión y una desprotección jurídica derivada de su percepción como no-persona. De esta forma es posible negarle sus derechos.

A causa de esta visión del concebido como enemigo y la posibilidad de acabar con la vida del “no deseado”, se protege el derecho a la vida de manera directa mediante el artículo 15 de la Constitución Española pero también de forma indirecta a través del Derecho Penal.

Los tipos penales que se refieren a la interrupción voluntaria del embarazo, tienen como fin la protección de la vida prenatal o la vida humana en proceso de desarrollo. En ese momento es cuando aparece la libertad de la embarazada a la hora de tomar la decisión sobre si quiere continuar con el embarazo o no. Lo que lleva consigo el debate sobre si el aborto es un hecho punible⁷.

Existen tres casos de aborto en los que el derecho a la integridad de la embarazada está por encima del derecho a la vida del concebido en cualquier circunstancia: en primer lugar, el aborto por indicación terapéutica, se destruye el feto para salvar la vida de la embarazada o evitar graves riesgos para su salud física o mental; en segundo lugar, por indicación eugenésica, cuando hay razones suficientes para pensar que el feto presenta algún tipo de defecto incurable, somático o psíquico, debido a herencia o algún daño durante el periodo

⁴ Souto García, E.M. (2009). Mujer y vida prenatal: ¿Dos realidades irreconciliables?: Análisis sobre la posible reforma en materia de aborto. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Revista Jurídica Interdisciplinar Internacional*, 13, 2009, p. 776.

⁵ Silva Sánchez, J.M. (2007). Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del status personae. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-01, p. 5.

⁶ Silva Sánchez, J.M. (2007). Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del status personae. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-01, p. 7.

⁷ Souto García, E.M. (2009). Mujer y vida prenatal: ¿Dos realidades irreconciliables?: Análisis sobre la posible reforma en materia de aborto. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Revista Jurídica Interdisciplinar Internacional*, 13, 2009, p. 775.

del embarazo y por último, la indicación ética, referida a las situaciones en que el embarazo es la consecuencia de un acto sexual delictivo realizado contra la mujer⁸.

Ante el debate de hasta qué punto es punible o no el hecho del aborto aparecen diferentes posiciones ideológicas: la conservadora extrema, no admite su licitud en absolutamente ningún caso; la conservadora moderada, acepta un sistema de indicaciones limitado a la terapéutica, la eugenésica y la ética; la intermedia, propone sistema de indicaciones más abierto aceptando la indicación social; la liberal, que acepta el sistema del plazo y finalmente la radical que reivindica el derecho de la mujer a interrumpir voluntariamente el embarazo en cualquier momento⁹.

Por ello cada partido político suele optar por una de estas posiciones ideológicas y eso se representa en la manera que tienen de tratar la ley. Suprimiendo leyes anteriores o presentando posibles reformas que consideran oportunas. Cada uno tiene su propia visión acerca del concepto del dependiente como enemigo o del dependiente con derecho propio.

A continuación se desarrollarán las distintas leyes en materia de aborto que ha habido en nuestro país desde la Constitución Española de 1978 y cómo han influido las diferentes visiones de los partidos políticos que han estado en el poder a la hora de regular esta temática.

Desde el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 que no llegó a debatirse ante las Cámaras, pasando por el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal BOCG de 23 de marzo de 1983 ante el que se interpuso un recurso de inconstitucionalidad por parte de algunos diputados encabezados por José María Ruiz Gallardón y que tras los cambios pertinentes se publicó oficialmente como Ley orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del código penal.

Posterior a esta, bajo presión de grupos feministas y suavización de las regulaciones de la mayoría de países europeos, se introdujo la Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo por parte del Partido Socialista Español. Durante la aplicación de esta ley y bajo el mandato del Partido Popular en el Gobierno español ha habido dos intentos de reforma por parte de dicho partido. El primero, con el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada que no llegó a buen puerto, y el segundo, con la Proposición de Ley Orgánica para reforzar la protección de las menores y mujeres con

⁸ Landrove Diaz, G. (1985). El aborto y el futuro código penal. *Anales de derecho*, 7, 116.

⁹ Landrove Diaz, G. (1985). La tímida despenalización del aborto en España. *Estudios Penales y Criminológicos*, 10, 191.

capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, que a causa de las próximas elecciones se ha paralizado a la espera del nuevo gobierno.

2 MARCO JURÍDICO ESPAÑOL DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

2.1. Fase previa a la Ley Orgánica de 1985

a) Normativa franquista

La Ley Orgánica de 5 de julio de 1985 introduce el sistema de las tres indicaciones en la legislación española sobre el aborto. Hasta su aparición, la interrupción del embarazo estaba regulada por los artículos 411 y siguientes del Código Penal. El contenido de dichos artículos provenía de la Ley de protección de la natalidad, de 24 de enero de 1941, promulgada en el seno de la política fascista entonces vigente. Se resumía considerándose criminal cualquier tipo de aborto provocado¹⁰.

b) Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal BOCG de 17 de enero de 1980

El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal BOCG de 17 de enero de 1980 rechazó la solución de las indicaciones que aparecía en el Anteproyecto elaborado por una Ponencia integrada por conocidos juristas.

Elimina el modelo de aborto honoris causa del artículo 414 que “atenúa la responsabilidad de la mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause para ocultar su deshonra”¹¹. Introduce la exención de la pena al médico que provoca el aborto en las doce primeras semanas de gestación y a la mujer que consiente la intervención, y también a la mujer que causare a sí misma el aborto en las doce primeras semanas¹².

Según Cerezo Mir¹³, “llama la atención que en un Proyecto de Código penal que se basa en el principio de intervención mínima, la despenalización del aborto no haya sido mayor”.

Hay que sumar a esto los artículos 10 y 11 del Proyecto que aceptaban la extraterritorialidad de las leyes penales, se pasaba por alto la “doble incriminación”

¹⁰ Landrove Diaz, G. (1985). El aborto y el futuro código penal. *Anales de derecho*, 7, 115.

¹¹ Cerezo Mir, J. (1982). La regulación del aborto en el proyecto de nuevo Código Penal español. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 35, mes 3, 564.

¹² Landrove Diaz, G. (1985). La tímida despenalización del aborto en España. *Estudios Penales y Criminológicos*, 10, 196.

¹³ Cerezo Mir, J. (1982). La regulación del aborto en el proyecto de nuevo Código Penal español. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 35, mes 3, 564.

haciendo posible la aplicación de las leyes nacionales a las españolas que viajaban a otros países para realizar el aborto.

Al final, dicho proyecto no llegó a discutirse en las Cámaras.

2.2. Problemas de la regulación restrictiva del aborto en los primeros años de vigencia de la Constitución. Turismo abortivo y aplicación de la ley penal.

El turismo abortivo era una forma de interrupción voluntaria del embarazo que, en general, solo podían llevar a cabo las mujeres de los sectores económicamente favorecidos de la sociedad, que gracias a la despenalización del aborto en otros países de Europa tenían la posibilidad de viajar a éstos para llevar a cabo el aborto en buenas condiciones sanitarias.

Este hecho propiciaba la desigualdad entre las mujeres de distintas clases sociales. Mientras que las que no poseían un buen nivel económico tenían que abortar en España en condiciones insalubres, las que gozaban de un mejor estatus tenían la opción de realizarlo en el extranjero sin ningún tipo de penalización.

Estos abortos producidos en el extranjero no podían ser castigados a causa del principio de territorialidad, este principio supone que la ley penal española obliga a todos los que se encuentran en territorio español independientemente de su nacionalidad, pero no en los territorios extranjeros¹⁴.

Las razones que justifican la aplicación de este principio son dos: la soberanía del Estado se manifiesta con el ejercicio del *ius puniendi* (derecho o facultad del Estado para castigar, el Estado es el único con facultades para conocer y decidir sobre la existencia de un delito y la aplicación de la pena)¹⁵ y que un Estado tiene prohibido ejercer actos de soberanía en territorio de otro, por esto, la validez de las leyes del Código Penal se reducen al territorio de la nación¹⁶.

Existen excepciones a este principio de territorialidad, aunque en materia de aborto son difíciles de aplicar. Hoy en día en España se admiten manifestaciones del principio de justicia universal, por el cual un Estado puede perseguir determinados delitos fuera de su territorio, en caso de que se hayan cometido contra nacionales de dicho Estado.

Esto ya se preveía en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870¹⁷, pero posteriormente se plasmó en el artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial¹⁸; y

¹⁴ Rodríguez Mourullo, G. (1978). *Derecho Penal Parte General*. Madrid. Civitas Ediciones. p. 143.

¹⁵ López Betancourt, E. (2007). *Introducción al Derecho Penal*. México. Porrúa. p. 65.

¹⁶ Landrove Díaz, G. (1983). Eficacia espacial de las leyes penales españolas. *Estudios Penales y Criminológicos*, 6, 158.

¹⁷ Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de Septiembre de 1870 y Ley adicional a la misma de 14 de Octubre de 1882. (1882). Madrid.

actualmente la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal¹⁹.

Tras la última modificación dicho artículo 23 en su segundo apartado señala: "También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.

b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles.

c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda".

En el caso que nos atañe estas excepciones no sirven para perseguir el delito de aborto, dada la redacción del precepto.

Para el análisis del espacio donde se ha producido el delito se tienen en cuenta tres teorías: en primer lugar, la teoría de la actividad (espacio en el que el sujeto ha actuado); en segundo lugar, la teoría del resultado (lugar donde se ha producido el resultado típico) y por último, la teoría de la ubicuidad (tanto del lugar de la acción como el del resultado)²⁰.

En el caso del aborto producido en el extranjero, las tres teorías nombradas nos llevarían a la conclusión de que no se ha cometido en España y que por tanto no sería perseguible desde aquí, a no ser que se haga una interpretación muy extensa de la teoría de la actividad.

No obstante, como se verá a continuación se han dado opiniones contrapuestas hasta que el Tribunal Constitucional ha resuelto la cuestión.

¹⁸ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, 157, p. 12.

¹⁹ Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. *Boletín Oficial del Estado*, 63, p. 23027.

²⁰ Landrove Díaz, G. (1983). Eficacia espacial de las leyes penales españolas. *Estudios Penales y Criminológicos*, 6, p. 189.

La Fiscalía General del Estado dio respuesta a una situación controvertida sobre extraterritorialidad de la ley penal española en relación con un delito de aborto cometido en Francia²¹, utilizando el artículo 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870²² que dice que: “El español que cometiere un delito en país extranjero contra otro español, será juzgado en España...”.

En el caso que acontece, son españoles que van a Francia a llevar a cabo un acto punible conforme a la legislación nacional y tolerado en el país donde lo realizan; pero aparte de esto, el artículo indica que debe ser un delito contra otro español. En este caso la víctima es el feto, que “no es aún persona física, a quien, entre otras cosas, pueda atribuirse una nacionalidad”.

Pero posterior a esto la Consulta de la Fiscalía especifica que a efectos penales solo es necesaria la personalidad potencial y para determinar el supuesto de competencia debe bastar la nacionalidad potencial del feto, en este caso del concebido por padres españoles será la española, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 17.1 y 17.2 del Código Civil.

Al finalizar la consulta la Fiscalía incluye que, razones de todo orden aconsejan que esta cuestión sea sometida a la decisión de los Tribunales para dar ocasión a que la jurisprudencia se pronuncie y atribuya dicho caso a la Audiencia Nacional.

Ha habido distintas sentencias tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional que han marcado un precedente dentro de la legislación sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

a) Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Diciembre de 1980

El Tribunal Supremo dictó una sentencia en relación con un recurso contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de octubre de 1979, por un delito de aborto cometido en Francia por españoles²³. Los acusados tratan de eludir la legislación nacional que penaliza el aborto, realizando el hecho punible en otro país que aplica la ley con menor severidad.

El Tribunal Supremo falló condenando a la acusada como autora penalmente responsable del delito de aborto “honoris causa” y a su pareja, como cómplice de un delito de aborto tipificado en el artículo 411 del Código Penal español.

²¹ Consulta de la Fiscalía General del Estado 5/1978, de 30 de junio, sobre extraterritorialidad de la ley penal española en relación con un delito de aborto cometido en Francia.

²² Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de Septiembre de 1870 y Ley adicional a la misma de 14 de Octubre de 1882. (1882). Madrid. p. 95.

²³ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia núm. 1452/1980 de 20 de Diciembre.

En la sentencia se manifestaba: “Aplicado el principio de la personalidad al delito de aborto perpetrado en el extranjero por un español contra una española, quiere decir que esta es la protegida junto con el feto de que es portadora y consentido el aborto por la propia embarazada, se reducen a dos los bienes protegidos: el de la vida del feto y el del Estado, que tiene un interés [...] en la conservación del “nasciturus”, y ya se considere el feto como sujeto pasivo [...]”.

b) Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Octubre de 1983

En la misma línea siguió la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1983, al igual que en la anterior fallan a favor de la competencia de los tribunales españoles alegando el principio de personalidad pasiva. Este principio busca aplicar las leyes españolas a las faltas que se cometan fuera del territorio nacional contra ciudadanos españoles²⁴. Argumentan que el concebido es un bien jurídico protegido por la legislación española al tratarse de una vida española.

c) Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de Junio de 1984²⁵

El Tribunal Constitucional corrigió estas interpretaciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo. En la sentencia 75/1984, se niega la facultad de juzgar en España los abortos cometidos en el extranjero al amparo de la ley territorial correspondiente. Dicha sentencia rechaza el fraude de ley, se respalda en que para considerar un fraude de ley se debe realizar un acto amparándose en una norma (ley de cobertura) con la finalidad de alcanzar ciertos objetivos, que, no siendo los propios de esa norma, sean además contrarios a otra ley (ley defraudada).

En este caso abortar fuera del territorio español no se hace al amparo de ninguna norma, sino que supone llevar a cabo unos hechos fuera de nuestro país, para que la norma aplicable no sea la española, sino la de Gran Bretaña. Por ello no se cumplen los requisitos necesarios para apreciar la existencia de fraude de ley.

En las sentencias impugnadas hay otro argumento que indica que el artículo 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial hace punibles y perseguidos en España las interrupciones voluntarias del embarazo producidas por españolas en el extranjero, dado que el feto se considera español. A esto añade el Tribunal Constitucional, que una vez declarado que el

²⁴ Landrove Diaz, G. (1983). Eficacia espacial de las leyes penales españolas. *Estudios Penales y Criminológicos*, 6, p. 177.

²⁵ Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 75/1984 de 27 de Junio

fraude de ley es inaplicable también se extiende a la aplicación analógica que pretende atribuir nacionalidad española al feto.

Para finalizar concluye que la naturaleza fundamental de un derecho, en esta situación el derecho a la vida, no permite prescindir en este caso del derecho a no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de su realización no fuesen delito perseguible en España por la legislación vigente. El TC falla otorgando el amparo y anulando la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1983 y reconociendo el derecho de los recurrentes a no ser condenados en España por el aborto cometido en el extranjero.

En su voto particular el Magistrado don Francisco Tomás y Valiente añadió que la nacionalidad es un derecho que adquirimos con el nacimiento y que el artículo 15 de la Constitución reconoce derechos fundamentales a las “personas”, por lo tanto solo podría hablarse de un feto con nacionalidad española de forma metafórica pero no jurídica.

2.3. Ley orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del código penal

El origen de la LO 9/1985 se encuentra en el Proyecto de LO de reforma del artículo 417 bis del Código Penal BOCG de 23 de marzo de 1983. La LO 9/1985 es el resultado de realizar las modificaciones pertinentes, indicadas en la Sentencia de 11 de abril de 1985 del Tribunal Constitucional al Proyecto de LO de 1983, después de que varios diputados la recurriesen ante el Tribunal Constitucional. A continuación desarrollaré cada parte:

a) Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal BOCG de 23 de marzo de 1983

El Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal BOCG de 23 de marzo de 1983²⁶ indica que el aborto no será punible si se practica por un médico con el consentimiento de la mujer cuando concurra:

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

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

²⁶ Proyecto de Ley Orgánica, de 23 de marzo de 1983, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal. *Boletín Oficial de las Cortes Generales Congreso de los Diputados, núm. 10-I bis-2.*

3⁰ Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada.

b) Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de Abril de 1985²⁷

El Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del art. 417 bis del Código Penal, fue recurrido ante el Tribunal Constitucional por don José María Ruiz Gallardón, comisionado por 54 diputados de las Cortes Generales, alegando que el sistema de indicaciones establecido vulneraba el derecho a la vida del concebido. De esta manera se consideraba que quebrantaba el artículo 15 de la Constitución que recoge el derecho fundamental a la vida, además de otra serie de artículos de nuestra constitución.

A continuación explicaré los fundamentos jurídicos más relevantes de la sentencia:

En el fundamento 9 se examina si el legislador puede excluir en supuestos determinados la vida del nasciturus de la protección penal.

El Tribunal Constitucional dictaminó que es cierto que la vida del concebido es un bien jurídico protegido por el artículo 15 de la Constitución Española y puede entrar en conflicto con derechos y valores constitucionales, como pueden ser el derecho a la vida e integridad física y psíquica y el principio de dignidad de la mujer. Los conflictos deben contemplarse desde el punto de vista de los derechos de la mujer y desde la protección de la vida del concebido. Se debe realizar la ponderación entre los dos bienes jurídicos protegidos, ninguno de los dos será absoluto.

Tras realizar esta ponderación, aparecen las indicaciones como única forma en la que pesan más los derechos constitucionales de la madre que la vida del concebido.

El fundamento jurídico 10 hace referencia a la alegación de los recurrentes de que se vulnera el principio de seguridad jurídica reflejado en el artículo 9.3. de la Constitución, por no conocerse el alcance de los supuestos al utilizar términos imprecisos. A esto el Tribunal responde que, aun cuando estos términos puedan contener un margen de apreciación, ello no los transforma en conceptos incompatibles con la seguridad jurídica.

El fundamento jurídico 11 analiza la constitucionalidad de cada una de las indicaciones que declaran no punible la interrupción del estado de embarazo.

²⁷ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 53/1985 de 11 de Abril.

La indicación terapéutica se debe dividir en dos partes: por un lado, el grave peligro para la vida de la embarazada, y por otro lado, el grave peligro para su salud. El grave peligro para la vida de la embarazada, plantea el conflicto entre el derecho a la vida de la madre y la protección de la vida del nasciturus. En este caso, si la vida del nasciturus se protegiese de manera incondicional, se protegería más a la vida del no nacido que a la vida del nacido. Por ello resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre. Por otro lado, el supuesto de grave peligro para su salud afecta seriamente a su derecho a la vida y a la integridad física, por lo que la prevalencia de la salud de la madre tampoco resulta inconstitucional.

En cuanto a la indicación ética, si se considera que la gestación se ha producido por un acto contrario a la voluntad de la mujer y lesionando su dignidad personal y libre desarrollo de su personalidad y vulnerando su derecho a la integridad física y moral, hacerla soportar las consecuencias de tal acto es inexigible. Por lo que dicha indicación no se considera inconstitucional.

En la indicación eugenésica, el Tribunal señala que sancionarla penalmente conllevaría imponer una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia, y que los padres se encuentran en una situación excepcional. Esto se agrava por la falta de prestaciones sociales. Por tanto esta indicación no puede estimarse contraria a la Constitución.

El fundamento jurídico 12 se refiere a la delimitación del ámbito de la protección penal del nasciturus al declarar no punible el aborto en determinados supuestos, de los que queda excluido por darse prioridad a los derechos constitucionales de la mujer.

Una vez determinada la constitucionalidad de las indicaciones hay que examinar si el artículo 417 bis del Código Penal garantiza de forma suficiente el resultado de la ponderación de los bienes y derechos en conflicto. El legislador ya ha incluido en el Proyecto de ley algunas medidas de garantía y de certeza del presupuesto de hecho del precepto. El Tribunal examina si dichas medidas son suficientes para considerar que el Proyecto cumple las exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 de la Constitución.

En el aborto terapéutico, el Tribunal considera que la intervención de un médico para practicarlo sin ningún dictamen médico es insuficiente. Indica que al igual que en el eugenésico, la comprobación del supuesto de hecho debe realizarlo un médico especialista que dictamine sobre las circunstancias que concurren. En ambos casos, la comprobación del supuesto de hecho se debe hacer con anterioridad a la realización del aborto y en centros sanitarios públicos o privados autorizados; así como la realización del aborto.

En lo referente al aborto ético, la denuncia previa se considera suficiente para la comprobación del hecho. No es posible obligar a una mujer a continuar con un embarazo causado por un hecho que lesiona su dignidad e integridad física y moral.

Esta sentencia afirmó que el proyecto de ley era constitucional en lo referente al sistema de indicaciones, pero inconstitucional por el incumplimiento de las exigencias que se desprenden del artículo 15 de la Constitución. Tras esto se transformó el Proyecto de Ley en lo relativo a las garantías solicitadas en la sentencia, pero el contenido de las indicaciones continuó igual. Lo que produjo la Promulgación de la Ley Orgánica de 5 de julio de 1985.

En este caso, pudiera pensarse que en algunos momentos el Tribunal Constitucional actuó como legislador positivo siendo su competencia actuar como legislador negativo, es decir, el Tribunal Constitucional no puede realizar juicios de calidad. Puede formular exclusiones o vetos sobre los textos que se le presentan pero no puede decir qué hay que añadir a las leyes para que sean constitucionales.

c) Ley orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del código penal

Finalmente, una vez consideradas por las Cortes las indicaciones del TC se aprobó la Ley Orgánica de 5 de julio de 1985 que introdujo en el Código Penal español el artículo 417 bis²⁸, que indica lo siguiente:

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

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

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

2º Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce

²⁸ Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 166, 22041.

primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3º Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.”

El segundo apartado de dicho artículo indica que la embarazada nunca será punible aunque el aborto no se realice en un centro o establecimiento acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos necesarios.

La inclusión en la ley del consentimiento expreso de la mujer se debe a que en la situación de conflicto la única perjudicada es la mujer, por tanto, ella es la que debe decidir si continúa o no con su embarazo. En muchas ocasiones esta elección depende de la información que los médicos le suministren a la mujer sobre las consecuencias que le aportará tanto realizar el aborto como seguir con el embarazo y las ayudas a las que puede optar si decide ser madre.

En los centros autorizados se recogerá tanto su historial clínico como su consentimiento expreso, es una exigencia administrativa. Será obligatorio el consentimiento expreso de la embarazada para la intervención, no será válido ni el tácito ni el presunto. Si la embarazada es menor de edad, el consentimiento expreso deberá corresponder a los representantes legales. El único caso en que será innecesario el consentimiento expreso es en caso de urgencia por riesgo vital para la embarazada.

Con esta ley se exponen ciertas excepciones a la punibilidad de la interrupción voluntaria del embarazo. En estas excepciones, la vida prenatal cede ante otros intereses. Menos la indicación terapéutica, el resto también constan de un plazo.

Una de las principales críticas que surgió fue que la indicación terapéutica operaba como una cláusula socioeconómica oculta. De los 69.857 abortos realizados legalmente en España en el año 2001 el 97%²⁹ se hicieron bajo la indicación terapéutica, de los cuales el 97,57% se llevó a cabo en centros privados. De los años 2000 a 2009³⁰, entre el 86 y 89% de los abortos legales se realizaba en centros extrahospitalarios privados y del total de abortos legales del 96 al 98% se producían con motivo del riesgo para la salud materna. Con esto se

²⁹ Roper Carrasco, J. (2003). La insuficiencia del sistema de indicaciones en el delito de aborto. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 56, mes 1, p. 217.

³⁰ Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Interrupción Voluntaria del Embarazo. Datos definitivos correspondientes al año 2009.

quiere decir que las mujeres con un alto nivel económico tenían más facilidad para acudir a un centro privado que previo pago les realizase los dictámenes de que el embarazo podía suponer un grave peligro para su salud psíquica. Así, teniendo los dictámenes, les podían practicar el aborto. Por ello la indicación terapéutica se considera una cláusula socioeconómica oculta.

2.4. Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

a) Legislaciones europeas en materia de aborto

Es relevante referirnos a otras regulaciones extranjeras como Francia. Según el Código de Salud Pública francés, la mujer puede abortar de manera libre en las doce primeras semanas de gestación. Cuando hayan pasado esas doce semanas, únicamente podrá realizarse el aborto cuando haya grave peligro para la vida o salud de la mujer o del feto. Si no se cumplen las medidas específicas de dicho Código se puede llegar a poner una pena de prisión.

El Código Penal alemán presenta una regulación muy parecida. Se declara la impunidad del aborto en las doce primeras semanas si la mujer lo decide de manera libre tras ser asesorada, también si existe peligro para la vida de la embarazada o la fecundación es el resultado de un delito de violación.

El caso de Bélgica, tiene uno de los sistemas legales más condescendientes en materia de aborto. En este país se admite el aborto libremente decidido por la embarazada durante las veintidós primeras semanas de gestación. Este límite está establecido por considerarse que en esta semana es cuando el embrión se convierte en feto. En esta legislación también se permite recurrir al aborto a partir de los dieciséis años sin consentimiento de sus representantes legales.

En el caso de Portugal, la primera despenalización parcial del aborto en casos tasados se realizó en el año 1982. Estaba permitido abortar en los mismos casos que en la Ley española con sistema de indicaciones. En el año 2007 después de dos referéndums se cambió la ley y se estableció el aborto libre durante las diez primeras semanas de gestación mediante libre elección de la embarazada en un centro sanitario.

Por último, la más restrictiva se podría considerar la legislación de Irlanda, solo acepta la indicación terapéutica. Sigue rechazando tanto la indicación ética como la eugenésica³¹.

³¹ Rey Martínez, F. (2011). ¿Es el aborto un derecho en Europa?. Revista Derecho del Estado, 27, p. 294.

En todas las legislaciones de estos países, una vez finalizado el sistema del plazo fijado para realizar el aborto libre, únicamente se podrá recurrir al aborto por indicación terapéutica, eugenésica o ética.

b) Características generales de inserción de la LO 2/2010 en la legislación española

La reflexión sobre las legislaciones del resto de países europeos y la presión ejercida por algunos grupos feministas como Asamblea Feminista, Amplia, Forum de Política Feminista o la Comisión de Investigación de Malos Tratos a Mujeres³², hizo que se presentara una propuesta de ley en la que se producía el cambio en materia de aborto, de sistema de indicaciones al sistema de plazos.

Esta propuesta tenía grupos de detractores como el Partido Popular, los representantes de la Iglesia Católica y algunas asociaciones pro-vida que indicaban que de esta manera el aborto iba a ser utilizado como un anticonceptivo o cómo una fórmula para la regulación de la natalidad.

En el lado opuesto se encontraban los defensores de las libertades de la mujer, que indicaban que el aborto es un derecho. Así lo confirmó el Comité de Igualdad del Consejo de Europa en la resolución 1607 de abril de 2008 sobre el acceso legal y seguro al aborto en Europa, en él advirtió a los países europeos que debían respetar ese derecho³³.

Todas las reformas nacionales de leyes y políticas que se producen en materia de aborto se basan en el derecho internacional de los Derechos Humanos. La reforma de 2010 en nuestro país utilizó la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres³⁴ para colocar la nueva ley en un marco de igualdad³⁵.

Todo esto produjo un cambio drástico en nuestro ordenamiento jurídico respecto al aborto, se introdujo la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo³⁶. El cambio principal que conllevaba esta ley era el paso de un sistema de indicaciones a un sistema de plazos acompañado de ciertas indicaciones. El aborto pasaba de ser punible, exceptuando las tres indicaciones terapéutica, eugénica y ética; a convertirse

³² Belaza, M.C. (11 Marzo 2009). Grupos feministas piden en el Congreso que se despenalice el aborto. *El País*. Recuperado de

http://sociedad.elpais.com/sociedad/2009/03/11/actualidad/1236726007_850215.html

³³ Souto García, E.M. (2009). Mujer y vida prenatal: ¿Dos realidades irreconciliables?: Análisis sobre la posible reforma en materia de aborto. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Revista Jurídica Interdisciplinar Internacional*, 13, 2009, p. 781.

³⁴ Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, 18 de diciembre de 1979, 1249 UNTS 13 (La Convención de las mujeres).

³⁵ Cook, R.J. (2010). Avances en reforma de legislación sobre aborto en el mundo. *Cuadernos: Aportes al debate en salud, ciudadanía y derechos*, 3, p. 13.

³⁶ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. *Boletín Oficial del Estado*, 55, 21001-21014.

en un derecho para la mujer, pudiendo aferrarse a él durante un plazo de tiempo y bajo algunas condiciones. Para garantizar el acceso a todas las mujeres independientemente de su situación económica, en su artículo 18 indica: “Esta prestación estará incluida en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud”. El legislador configura el aborto como una prestación sanitaria a la que se tiene derecho.

De esta manera se buscaba desarrollar una estrategia preventiva en vez de punitiva ante el gran número de abortos que se llevaban a cabo en el país. En la Exposición de Motivos de la LO 2/2010 se concreta: “La experiencia ha demostrado que la protección de la vida prenatal es más eficaz a través de políticas activas de apoyo a las mujeres embarazadas y a la maternidad. Por ello, la tutela del bien jurídico en el momento inicial de la gestación se articula a través de la voluntad de la mujer, y no contra ella”³⁷.

Esta nueva ley comporta una reducción en el ámbito de actuación, convirtiéndola en *ultima ratio*, a la vez que suaviza las penas en las situaciones en que el aborto continúa siendo punible. Es el resultado de la experiencia de que la punibilidad del hecho no es la solución para disminuir el número de interrupciones voluntarias del embarazo.

En ella la protección de la vida prenatal cede ante la autonomía de la embarazada, se asume la relación de dependencia que une al feto con la mujer que lo gesta. La mujer pasa de considerarse sujeto pasivo de la ley del aborto a convertirse en sujeto activo pudiendo tomar la decisión de seguir o no con el embarazo. En opinión de Ibañez y García Velasco, “El derecho a tener hijos implica recíprocamente el derecho a no tenerlos”³⁸.

Se produce un gran cambio, ya que de tratar el aborto como un crimen se pasa a respaldar la capacidad de decisión de las mujeres embarazadas sobre si quieren seguir con su embarazo durante las primeras catorce semanas de gestación, sin que la soberanía estatal pueda intervenir en sus motivos³⁹. Otra de las novedades que introduce es el cambio de la palabra “aborto” por el de “interrupción voluntaria del embarazo”.

c) Motivación de la iniciativa legislativa

El Ministerio de Igualdad en coordinación con el Ministerio de Sanidad y Política Social, el de Justicia y el de Presidencia del Gobierno de España, alegó tres motivos para la justificación de esta iniciativa legislativa. Por una parte, salvaguardar la seguridad jurídica

³⁷ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. *Boletín Oficial del Estado*, 55, p. 21003.

³⁸ Ibañez y García Velasco, J.L. (1992). *La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX*. Madrid. Siglo Veintiuno de España Editores. p.188.

³⁹ Rodríguez Ruiz, B. (2010). ¿Cuestión de derechos? El Consejo de Estado ante los retos del aborto. *Teoría y realidad constitucional*, 25, 604.

de las mujeres que van a interrumpir su embarazo, independientemente de su edad porque a todas se les garantiza el derecho a decidir por ellas mismas.

Por otra parte, evitar la coacción sobre las mujeres que deciden abortar y ayudarlas en lugar de añadir angustia. El sistema de plazos les exime de tener que dar explicaciones de por qué recurre a esa solución.

Y el último motivo, cooperar en el descenso del incremento de embarazos no deseados que suelen terminar en abortos. Para ello la ley presenta distintas medidas como: “impulsar políticas públicas en el ámbito sanitario y educativo, mediante acciones informativas de sensibilización, de prevención de enfermedades de transmisión sexual, de formación de profesionales de la salud, de garantía de calidad y accesibilidad a los servicios de la salud y planificación familiar”⁴⁰.

d) Aborto: derecho con rango orgánico

La ley orgánica 2/2010 relaciona el aborto con el derecho a la salud sexual y reproductiva y con el derecho a la integridad física y psíquica que aparece en el artículo 15 de la Constitución española. A pesar de eso, regula estos derechos y la interrupción voluntaria del embarazo por separado, administrando carácter orgánico solamente a la interrupción voluntaria del embarazo. Para González-Varas Ibáñez, es chocante que derechos fundamentales como lo son el derecho a la integridad física y moral no adquieran rango orgánico y la interrupción voluntaria del embarazo sí. De esta manera se le evita denominar derecho y se refiere como en el artículo 12: “Se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo...”, a una garantía legal⁴¹.

Los motivos que llevaron al legislador a dirigirse de esta manera pudieron ser, que solo dándole rango orgánico es posible eliminar la ley orgánica 9/1985 que regulaba esa materia anteriormente.

⁴⁰ González-Varas Ibáñez, A. (2010). Aspectos ético-jurídicos de la regulación del aborto en España. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 23, p. 3.

⁴¹ González-Varas Ibáñez, A. (2010). Aspectos ético-jurídicos de la regulación del aborto en España. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 23, p. 9.

e) Requisitos

La ley 2/2010 indica en su artículo 13 que para llevar a cabo dichas intervenciones del embarazo es necesario cumplir unos requisitos comunes⁴²:

1. Que sea realizada por un médico especialista o bajo su dirección.
2. Que se practique en un centro sanitario público o privado acreditado.
3. Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal. Se podrá omitir dicho consentimiento expreso en el supuesto previsto en la Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica. Indica en su artículo 9.2.b): “Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”⁴³.
4. En el caso de mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde únicamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Al menos uno de los representantes legales deberá ser informado de la decisión de la embarazada. Si la menor alega que esto le provocará un conflicto grave dentro de la unidad familiar, se prescindirá de esta información.

f) Sistema de plazos

En su artículo 14 explica que podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, para ello deben darse los siguientes requerimientos: por un lado, que se haya informado a la mujer sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad; y por otro lado, que haya transcurrido un plazo de mínimo tres días desde que se informa a la embarazada hasta que se realiza la intervención.

Esto significa que la mujer embarazada no deberá de motivar su decisión de realizar la intervención, la podrá realizar libremente durante las catorce primeras semanas.

Posteriormente, en el artículo 15 de la misma se señalan las excepciones correspondientes al sistema de indicaciones con el que se complementa dicho sistema de plazos. Apunta que se

⁴² Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. *Boletín Oficial del Estado*, 55, p. 21008.

⁴³ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. *Boletín Oficial del Estado*, 274, 40126-40132.

podrá interrumpir el embarazo por causas médicas cuando se cumpla alguna de estas situaciones:

- a) Antes de las veintidós semanas de gestación cuando exista grave riesgo para la vida o salud de la embarazada y conste en un dictamen emitido antes de la intervención por un médico especialista diferente al que va a practicar o dirigir la intervención. Si hay urgencia por riesgo vital para la gestante se podrá realizar sin el dictamen.

La propia ley en su artículo 2 define salud como: estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Por tanto, un grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada puede alargar hasta las veintidós semanas la posibilidad de interrupción del embarazo. De esta manera se extiende el plazo de posibilidad de aborto.

- b) Cuando no se superen las veintidós semanas de gestación y exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido antes de la intervención por dos médicos especialistas diferentes al que practique o dirija la intervención.

Esta indicación ha recibido variedad de críticas por el Consejo Fiscal y algunos diputados durante el debate en el Parlamento, por ir en contra del artículo 10 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, corroborada por España el 21 de mayo de 2008⁴⁴ que reivindica el derecho a la vida de todos los seres humanos.

- c) Se detecten anomalías en el feto que sean incompatibles con la vida y así conste en un dictamen médico emitido con anterioridad por un médico especialista, diferente al que practique la intervención, o también cuando se detecte en el feto una enfermedad grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico (formado por un equipo multidisciplinar compuesto por dos médicos especialista en ginecología y obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal y un pediatra).

Algunos grupos parlamentarios como el Grupo Parlamentario Catalán, percibieron esta indicación como una forma de eutanasia, puesto que al carecer de plazo se puede solicitar cuando se detecte la enfermedad incurable en el feto sea cual sea el momento de su formación.

⁴⁴ El Reino de España ha firmado y ratificado esta Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, más su protocolo facultativo, por lo que desde el pasado 3 de mayo de 2008 este cuerpo normativo internacional forma parte del ordenamiento jurídico español. Ver en <http://www.convenciondiscapacidad.es/>

Estas críticas al sistema de plazos con ciertas indicaciones crearon un temor a que se utilice la interrupción voluntaria del embarazo como un método anticonceptivo o un medio de planificación familiar, así lo acusa el Consejo Fiscal en su Dictamen.

g) Menores de edad y aborto

A esto se sumaba el descenso hasta los 16 años para poder tomar la decisión de forma autónoma de interrumpir o continuar con el embarazo. Aparece el dilema entre qué es más perjudicial para una chica de esa edad embarazada, por una parte, los efectos y repercusiones del aborto o por otro lado, tener que continuar con un embarazo no deseado y ser madre.

El aborto puede acarrear problemas psicológicos pero ser madre puede tener efectos aún peores. Con esta ley se les permite decidir libremente si quieren continuar con la responsabilidad de ser madres o por el contrario prefieren sufrir los efectos perjudiciales de la interrupción.

A esto hay que añadir que la Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica⁴⁵ establece en su artículo 9.3.c): “[...] 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 su apartado 9.4. Indica: “La interrupción voluntaria del embarazo, 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”.

En palabras de Souto García⁴⁶: “Se permite a un mayor de 16 años decidir sobre si se le practica o no un trasplante o una operación quirúrgica de menor entidad, ¿por qué no permitirle decidir sobre cómo y cuándo quiere vivir su maternidad?”.

⁴⁵ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. *Boletín Oficial del Estado*, 274, 40126-40132.

⁴⁶ Souto García, E.M. (2009). Mujer y vida prenatal: ¿Dos realidades irreconciliables?: Análisis sobre la posible reforma en materia de aborto. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Revista Jurídica Interdisciplinar Internacional*, 13, 2009, p. 785.

h) Información a las mujeres

El artículo 17 de dicha Ley Orgánica⁴⁷ establece que todas las mujeres que toman la decisión de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo deben recibir la información sobre los distintos métodos para interrumpir su embarazo, las condiciones para la interrupción que se prevean en la Ley, los centros públicos y acreditados a los que se puede dirigir y los trámites que debe realizar para acceder a la prestación, así como las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente.

Además las mujeres que realizan una interrupción del embarazo por petición propia y libre en las primeras catorce semanas de gestación, recibirán un sobre cerrado con esta información:

- a) Ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto.
- b) Derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento.
- c) Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro.
- d) Datos sobre los centros en los que la mujer puede recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción voluntaria del embarazo.

Esta información se deberá entregar en cualquier centro sanitario público o en los centros autorizados para la interrupción voluntaria del embarazo. Además de la información en sobre cerrado, también se entregará a la mujer un documento acreditativo de la fecha de entrega, ya que el artículo 14 indica que dicha información se entregará al menos tres días antes de la intervención. Así constará la fecha de manera oficial.

Cuando se trate de una intervención del embarazo por riesgo de graves anomalías en el feto, las mujeres recibirán además de la información anterior, información por escrito sobre derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con discapacidad, así como la red de organizaciones sociales de asistencia social a estas personas.

En todos los posibles supuestos y antes de que la mujer preste su consentimiento, habrá que informarla en los términos de los artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002, de 14 de

⁴⁷ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. *Boletín Oficial del Estado*, 55, p. 21010.

noviembre, de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la continuación con la interrupción del embarazo.

Toda la información aportada por los especialistas deberá ser clara, objetiva y comprensible. Para las personas con discapacidad, se le aportará en formatos y medios accesibles, adecuados a sus necesidades. A parte de esto, se le podrá informar de forma oral si la mujer lo quiere así. Realmente no es relevante la forma de transmisión de la información, lo importante es que se cumpla el derecho de la mujer a recibir dicha información.

El artículo 4 de la Ley 41/2002 ordena que la información aportada a los pacientes se proporcionara de manera verbal dejando constancia en la historia clínica. Sin embargo, en la Ley Orgánica 2/2010 indica un sistema de información más concreto (como explica el artículo 17 anteriormente citado), no excluye la información verbal pero si la dificulta ya que es necesario que la mujer la solicite.

El Consejo de Estado⁴⁸ va más allá de la Ley de Autonomía del Paciente y en su punto VIII señala: “Respecto de la información que ilustra a la mujer para que opte libremente por continuar o interrumpir su embarazo, para ser eficaz, la información no puede ser estandarizada sino personalizada; no debe darse sólo por escrito, sino también verbalmente y, para servir de garantía al bien jurídico del feto, aun sin introducir consideraciones éticas ni religiosas, ha de orientarse a la protección de la maternidad y no al fomento de la interrupción voluntaria del embarazo, ofreciendo ayuda a la madre gestante”. Por esto no aparece la palabra “neutralidad” en el texto de la Ley.

De igual forma tampoco aparece la exigencia de fomentar la maternidad y rechazar el aborto. Por lo que se entiende que la Ley aporta una información neutral al establecer la obligación de informar tanto de las consecuencias de continuar con la maternidad como de realizar una interrupción del embarazo. De esta manera se aseguran de que la mujer recibe toda la información necesaria para tomar su propia decisión de la forma más autónoma posible⁴⁹.

En su sentencia número 1132/2006 el Tribunal Supremo señala: “en ningún caso, el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida ni correcta información”⁵⁰. Por tanto la información transmitida en un sobre la caracteriza de inadecuada.

⁴⁸ Dictamen del Consejo de Estado de 17 de Septiembre de 2009 sobre el anteproyecto de la ley orgánica de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo. Nº Expediente 1384/2009 (Igualdad).

⁴⁹ Rodríguez Ruiz, B. (2010). ¿Cuestión de derechos? El Consejo de Estado ante los retos del aborto. *Teoría y realidad constitucional*, 25, p. 616.

⁵⁰ Tribunal Supremo (Sala Primera). Sentencia núm. 1132/2006 de 15 de Noviembre, FJ 2.

i) Derecho de los profesionales sanitarios a objetar

Esta LO 2/2010 ha sido la primera en incluir en su texto el derecho de los profesionales sanitarios a objetar en conciencia. Aunque anteriormente ya se podían amparar en la STC 53/1985 que señalaba que: “El derecho a la objeción de conciencia [...] existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y [...], la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”⁵¹.

Esto quiere decir que todas las objeciones de conciencia que se han realizado en materia de aborto hasta la entrada en vigor de esta LO 2/2010, se han apoyado en esta Sentencia del Tribunal Constitucional.

La objeción de conciencia en el ámbito médico se define como: la negativa a recibir o aplicar un acto médico basado en convicciones éticas, religiosas, ideológicas, filosóficas, humanitarias o científicas. Por tanto al ser negativa a recibir o aplicar, se sobreentiende que puede ser alegada tanto por el paciente como por el médico⁵².

Para amparar esta libertad ideológica de objeción de conciencia, el profesional sanitario tiene el artículo 16.1 de la Constitución: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por ley”.

Si los requisitos mencionados en las leyes de interrupción del embarazo no concurren, o existen dudas sobre su concurrencia, los profesionales sanitarios y en particular el médico especialista que lleve el caso podrá apoyarse en la objeción de legalidad⁵³ (puede negarse a practicar el aborto ante una duda fundada acerca de la legalidad de la norma que va a aplicar, en este caso la LO 2/2010) y alegar incumplimiento de la ley. La no concurrencia de los requisitos legales convertiría el aborto en un hecho delictivo.

En cambio, se pueden plantear los casos en que se cumplan todos los requisitos exigidos por la ley pero el personal sanitario se niegue a realizar la intervención por motivos de conciencia. Esta negativa normalmente está originada por la idea de que esa acción es una grave infracción de la ley moral, de la religión o de la deontología⁵⁴.

⁵¹ F.J. 14.

⁵² Martínez León, M., y Rabadán Jiménez, J. (2010). La objeción de conciencia de los profesionales sanitarios en la ética y deontología. *Cuaderno de Bioética*, XXI, p. 201.

⁵³ Navarro-Valls, R. (2005). La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 9, p. 4.

⁵⁴ Cebriá García, M. (2003). La objeción de conciencia al aborto: su encaje constitucional. *Anuario de la Facultad de Derecho*, XXI, p. 104.

Esta objeción puede plantearse por una triple vía⁵⁵:

- Deontológica: los profesionales sanitarios son los que poseen más conocimientos sobre patrimonio genético del embrión, la continuidad de su crecimiento somático, el “coloquio bioquímico con la madre” y, en definitiva, el grado de independencia ontológica de ella.
- Ética o moral: el derecho a la existencia de todo ser humano, es un derecho fundamental, porque funda todos los demás derechos en cuanto a su misma posibilidad de ejercicio.
- Moral religiosa: la mayoría de iglesias y confesiones ven el aborto como un acto de supresión de la vida humana inocente, un grave ilícito moral.

Dentro del artículo 19 se indica que los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán derecho a ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabados por el ejercicio de la objeción de conciencia.

Esta negativa a realizar la intervención por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la intervención, que debe manifestarse de forma anticipada y por escrito. En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención medica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo.

La propia ley manifiesta que deben ser profesionales sanitarios directamente implicados, es decir, los profesionales que no participan de forma directa no están incluidos en este artículo. Por tanto, aparte de reconocer este derecho debería haber advertido que no podrá haber represalias o sanciones de ningún tipo para el profesional que utilice su derecho a objetar.

j) Formación de los profesionales sanitarios

A parte de hacer referencia a los profesionales de la salud en lo referente a la objeción de conciencia, en la LO 2/2010 también se hace mención de la formación de los profesionales de la salud. De esta manera el artículo 8 señala, que la formación de profesionales de la salud se abordará con perspectiva de género e incluirá lo siguiente:

⁵⁵ Cebriá García, M. (2003). La objeción de conciencia al aborto: su encaje constitucional. *Anuario de la Facultad de Derecho*, XXI, p. 105.

- a) La incorporación de la salud sexual y reproductiva en los programas curriculares de las carreras relacionadas con la medicina y las ciencias de la salud, incluyendo la investigación y formación en la práctica clínica de la interrupción voluntaria del embarazo.
- b) La formación de profesionales en salud sexual y salud reproductiva, incluida la práctica de la interrupción del embarazo.
- c) La salud sexual y reproductiva en los programas de formación continuada a lo largo del desempeño de la carrera profesional.
- d) En los aspectos formativos de profesionales de la salud se tendrán en cuenta la realidad y las necesidades de los grupos p sectores sociales más vulnerables, como el de las personas con discapacidad.

Este artículo se enfoca en la enseñanza en el ámbito universitario. El inconveniente que aquí se presenta es que todos los docentes tienen libertad de cátedra, aumentando el grado de libertad conforme aumenta el nivel educativo, por tanto los profesores universitarios son los que mayor libertad presentan a la hora de la docencia. Lo que quiere decir que estas enseñanzas se impartirán desde la propia ideología del profesor y no desde la neutralidad.

k) Nueva enseñanza de educación sexual y afectiva

Esta ley también introduce como novedad la regulación en lo relativo al ámbito educativo; la ley hace alusión a la educación sexual en las escuelas. La educación afectivo sexual y sobre salud reproductiva es un eje fundamental en la política de prevención de embarazos no deseados.

Tanto en el artículo 5 como el 9 se hace referencia a este aspecto. El artículo 5 señala que los poderes públicos en el desarrollo de sus políticas sanitarias, educativas y sociales garantizarán la información y la educación afectivo sexual y reproductiva en los contenidos formales del sistema educativo, y por otra parte, la educación sanitaria integral y con perspectiva de género sobre salud sexual y salud reproductiva.

El Consejo de Europa define la perspectiva de género como⁵⁶: “la organización, la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos, de modo que una perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas, por los actores normalmente involucrados en la adopción de medidas políticas”.

⁵⁶ Manual para la perspectiva de género en las políticas de empleo, de inclusión social y de protección social. Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades Unidad G1. Comisión Europea (Abril, 2008), p. 11.

Por tanto, cuando se refiere a una educación con perspectiva de género quiere decir que se debe introducir en la enseñanza una educación sexual explicada desde un punto de vista de igualdad entre hombres y mujeres.

Se puede ver de manera más clara en el artículo 9, que apunta que el sistema educativo contemplará la formación en salud sexual y reproductiva, como parte del desarrollo integral de la personalidad y de la formación en valores, incluyendo un enfoque integral.

Esto quiere decir que dicha educación ayudará a crear la personalidad y los valores del alumno.

Una educación sexual integral y con perspectiva de género puede entrar en conflicto con el derecho fundamental de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos e hijas. Sin embargo, el Consejo de Estado recurre al Tribunal Europeo de Derechos Humanos citando: “Como parte de una educación adecuada la educación sexual debe respetar el equilibrio y la salud de las niñas, niños y adolescentes, lo cual requiere que se imparta en términos objetivos y científicos que excluyan la tendencia al adoctrinamiento, a la exaltación del sexo o a la incitación a alumnas y alumnos a dedicarse precozmente a prácticas religiosas para su desarrollo”⁵⁷.

Debe de ser compatible la educación sexual con la libertad religiosa e ideológica. Los poderes públicos no se pueden aprovechar la impartición de una asignatura para hacer adoptar una ideología o creencia. Igualmente, no se puede obligar a ningún alumno a estudiar una asignatura impartida desde una ideología determinada. Tampoco se puede obligar a un profesor a impartirla desde una perspectiva contraria a sus creencias, esto sería contrario a la libertad de cátedra⁵⁸.

El objetivo es utilizar la educación sexual como principal política pública para la prevención de abortos.

1) Síntesis

En resumen, las principales novedades que aporta esta LO 2/2010 son la introducción de la expresión “interrupción voluntaria del embarazo” en vez de “aborto”, la presentación de la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios como un derecho regulado, la inserción de la educación sexual y afectiva en las escuelas como forma preventiva y por último, la transformación del aborto de una conducta despenalizada en el sistema de indicaciones, en un derecho en el sistema de plazos.

⁵⁷ Rodríguez Ruiz, B. (2010). ¿Cuestión de derechos? El Consejo de Estado ante los retos del aborto. *Teoría y realidad constitucional*, 25, p. 610.

⁵⁸ González-Varas Ibáñez, A. (2010). Aspectos ético-jurídicos de la regulación del aborto en España. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 23, 28.

El Partido Popular presentó un recurso de inconstitucionalidad contra la LO 2/2010 que aún está pendiente de resolución. Las corrientes antiabortistas buscan eliminar la autonomía reproductiva de las mujeres y regresar a una legislación más restrictiva que la actual.

2.5. Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada

El Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada fue aprobado por el Consejo de Ministros el 20 de diciembre de 2013. Este Anteproyecto había sido creado para reemplazar la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Su pretensión principal era la de volver a un modelo punitivo del aborto, eliminando los derechos sexuales y reproductivos y la posibilidad de decisión libre de la mujer.

Este Anteproyecto encendió las alarmas entre los académicos, los científicos, las organizaciones de mujeres, otros organismos que defienden los Derechos Humanos y hasta al Propio Partido Socialista Español que fue quien impulsó la última ley referente al aborto. Pretendía eliminar todas las novedades que había introducido la LO 2/2010.

Este revuelo hizo mella y consiguió la retirada del Anteproyecto el día 23 de septiembre de 2014, fue anunciado por Mariano Rajoy. Sus palabras fueron que seguirán “estudiando fórmulas para conseguir una mayor aceptación de la reforma”. Lo cual quería decir que la retiraban por el momento hasta encontrar la solución adecuada y poderla interponer.

a) Motivos de reforma

Para esta reforma el Partido Popular se basó en cuatro argumentos⁵⁹: la demanda social de modificación de la LO 2/2010 en vigor, el fracaso de la LO 2/2010 para reducir el número de abortos, corregir un déficit de protección legal del concebido y por último, el supuesto incumplimiento por parte del Estado Español de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad.

La justificación de la demanda social de un cambio en la legislación, se podría considerar lo suficientemente importante como para revisar la LO 2/2010 si se respaldara en datos verídicos. Pero con motivo de la presentación del Anteproyecto se realizaron unas

⁵⁹ Lorenzo Copello, P. (2014). Desandando el camino: la contrarreforma del aborto. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 16-09, p. 4.

encuestas a la población y el 70% de los ciudadanos respondió que no veía necesario un cambio legal en el ámbito del aborto.

Un estudio llevado a cabo por GESOP ⁶⁰(especialistas en la elaboración de proyectos adhoc en el ámbito de la Investigación Social y de Mercado, con experiencia en estudios de opinión pública en ámbitos diversos) para El Periódico demostró que casi el 70% de los encuestados pensaba que no era necesario cambiar la ley, el 78,4% estaba en contra de la reforma planteada por el PP y un 64,6% ve positivo dar libertad a las mujeres para decidir según sus circunstancias.

Por tanto, el argumento de la demanda social es falso ya que esa demanda es inexistente.

El siguiente argumento ofrecido por el partido gobernante era el fracaso de la ley actual para reducir los abortos, alegando que los embarazos no deseados entre las adolescentes seguían en aumento.

Si nos dirigimos al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad podemos comprobar que durante el año 2011 hubo 118.359 interrupciones voluntarias del embarazo registradas, y en el año 2013 se registraron 108.690 interrupciones; lo que supone casi diez mil abortos menos. También podemos ver que en la franja de menores de 19 años ocurre lo mismo, se pasa de una tasa de abortos por 1.000 mujeres de 13,67 en el año 2011 a una tasa de abortos por 1.000 mujeres de 12,23 en el 2013. Esta caída en el número de abortos entre las adolescentes puede deberse a la accesibilidad a los métodos de sexo seguro que proporcionaba la LO 2/2010.

El incremento del aborto que aludían los impulsores de la reforma queda desmentido por las estadísticas del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Ante el supuesto incumplimiento por parte del Estado español de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas Discapacitadas aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, el Gobierno expone que el aborto por anomalías fetales debería abolirse de nuestra legislación.

Este documento se centra en reconocer los derechos a las personas con discapacidad, en ningún momento nombra ni embriones ni fetos. Como bien indica dicha Convención en su artículo 1, se dirige a personas que “tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su

⁶⁰ Ver más en <http://www.gesop.net/es/>

participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás”⁶¹. Por tanto se dirige a seres humanos ya nacidos.

Aun aceptando los obstáculos que plantea la indicación por anomalías fetales, es un caso que según el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en la realidad solo alcanza un 3% del total de interrupciones del embarazo registradas en España, por lo que no es viable utilizarlo como argumento.

Por último, el argumento basado en corregir un déficit de protección legal del concebido relacionado con el sistema de plazos. Los partidarios de la reforma señalan que al dar libertad y autonomía a la mujer para tomar la decisión de abortar se está pasando por alto el bien jurídico vida del concebido. Para ellos únicamente prevalece el derecho de la embarazada a abortar en las indicaciones ética y terapéutica, en el resto de situaciones la vida prenatal tiene mayor peso en el conflicto.

En su opinión, en la ponderación del bien jurídico vida del concebido y el derecho de la embarazada, la vida prenatal siempre debe salir favorecida. Por tanto buscan una legislación restrictiva para alcanzar esta mayor protección del concebido. Pero en la práctica y echando mano a la experiencia se advierte que en esas situaciones se disminuye el número de abortos legales, pero sin embargo, el número de abortos clandestinos aumenta de manera significativa y también el turismo abortivo. Lo que conlleva un aumento de mortalidad materna y abortos traumáticos.

b) Artículos modificados

En primer lugar, en la Disposición derogatoria única del Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada⁶² se declara eliminada en su totalidad la LO 2/2010 incluyendo no únicamente los derechos referentes a la interrupción del embarazo, sino también los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva.

En lo referente al sistema de indicaciones realiza algunas matizaciones, no constituirá delito de aborto el practicado en las siguientes situaciones:

- Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la mujer, siempre que se practique dentro de las veintidós primeras

⁶¹ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Instrumento de ratificación de España de 30 de marzo de 2007, *Boletín Oficial del Estado*, 21 de abril de 2008, n.º. 96/2008, p. 20649.

⁶² Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada, de 20 de Diciembre de 2013. Ministerio de Justicia.

semanas de gestación. Se entenderá como grave peligro cuando produzca menoscabo importante en su salud, con permanencia o duración en el tiempo y se constate en un informe emitido por dos médicos especialistas en la patología que genera el grave peligro para la mujer, distintos del que realice la intervención y que no trabaje en el centro en el que se lleve a cabo.

Si el grave peligro para la salud psíquica de la mujer se trata de la existencia en el feto de alguna anomalía incompatible con la vida, el informe se emitirá por un solo médico, acreditándose dicha anomalía mediante otro informe emitido por un médico especialista. Se considera anomalía fetal incompatible con la vida, la que se asocie con la muerte del feto o del recién nacido durante el periodo neonatal.

Si no se puede detectar con anterioridad la anomalía, aunque exceda de las veintidós semanas de gestación no será punible.

- Que el embarazo sea consecuencia de un delito contra la libertad o indemnidad sexual, siempre que se haya denunciado y se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación.

Podemos extraer que desaparece el sistema de plazos y la indicación eugenésica basada en anomalías fetales, ya que solo se aceptan en la indicación terapéutica cuando supone un grave peligro para la salud psíquica de la embarazada. Sin embargo, la indicación ética se mantiene igual que en la LO 9/1985 y la terapéutica es la más restrictiva hasta el momento.

Otro cambio que incluye este Anteproyecto es la desaparición de decisión autónoma de las adolescentes de 16 y 17 años a la hora de continuar o no con el embarazo. El artículo 145.2 bis quedaría de esta forma: “En el caso del aborto de la mujer menor entre 16 y 18 años, no emancipada, o de la mayor de edad sujeta a curatela, será preciso el consentimiento expreso de ella y el asentimiento de los titulares de la patria potestad”.

En caso de que no sea conveniente informar a los representantes legales, la decisión será tomada por el Juez correspondiente. En la LO 2/2010 solo era necesario el consentimiento expreso de la menor y que informe de su decisión a sus representantes legales, aquí sin embargo, los representantes también deben dar su visto bueno.

Si existe riesgo vital para la gestante se podrá prescindir de los informes, asesoramientos, información y consentimiento expreso de la embarazada.

Este Anteproyecto realiza una transformación de la Ley 41/2002, añadiéndole un artículo 4 bis. que introduce un doble asesoramiento en los supuestos penalizados. Por un lado, el asesoramiento asistencial y por otro, la información clínica. Están a cargo de diferentes profesionales y dan lugar a dos certificados autónomos.

Con este cambio se busca dificultar el proceso de aborto para que las mujeres embarazadas se replanteen seguir con el embarazo y además, dicho asesoramiento se debe realizar por profesionales que no vayan a realizar la intervención, siendo lo contrario a lo que establece la Ley de Autonomía del Paciente, la cual dice que la información debe prestarla el médico responsable del paciente.

Dado que este Anteproyecto se trata de una de las leyes más restrictivas en materia de aborto que ha habido en nuestra legislación, realiza una modificación en el artículo 145 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁶³ en su tercer apartado: “En ningún caso será punible la conducta de la mujer embarazada”. La mujer no recibirá sanción si acude al aborto clandestino, se cree que con el grave conflicto personal al que se enfrenta la mujer ya es suficiente castigo.

En resumen, se trata de una ley altamente prohibicionista en materia de aborto que obligaría a las mujeres a acceder en muchos casos a la clandestinidad o a recurrir al turismo abortivo. Lo que conllevaría un retroceso a los años ochenta cuando se contaba con la LO 9/1985.

El mal momento político y la presión de algunos grupos feministas y de defensa de los Derechos Humanos paralizaron la implantación de esta ley con características tan conservadoras. Esto causó la renuncia del ministro Alberto Ruiz Gallardón, ya que el proyecto de ley era una de las principales reformas normativas que impulsaba desde su Ministerio.

2.6. Proposición de Ley Orgánica para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo.

Ante su frustrado intento por derogar la LO 2/2010, el 18 de febrero de 2015, el Grupo Parlamentario Popular planteó una Proposición de Ley Orgánica⁶⁴ para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo.

⁶³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 281, pp. 33987-34058.

⁶⁴ Proyecto de Ley Orgánica para para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, de 18 de febrero de 2015. Ministerio de Justicia.

a) Modificaciones

En esta Proposición de LO se proponían dos modificaciones. En primer lugar, suprimir el artículo 13.4 de la LO 2/2010 que dice “En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad”. De esta manera, las menores necesitarán el consentimiento expreso de sus representantes legales o progenitores a parte de la manifestación de su voluntad.

En segundo lugar, modificar el artículo 9.4 de la Ley 41/2002 añadiendo el siguiente texto “Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil”. Incide en la necesidad del consentimiento expreso por parte de los representantes legales.

Esta Proposición de LO respalda que es fundamental que las menores de 16 y 17 años estén acompañadas por sus representantes legales o progenitores en situaciones de vital importancia como es la interrupción voluntaria del embarazo.

b) Situación actual

Tras la presentación de esta Proposición las asociaciones pro-vida acusan al gobierno del PP de incumplir sus promesas electorales. Se quejan del gran cambio que hay del Anteproyecto de reforma presentado en el 2013 y sus requisitos, a esta Proposición de LO en la que el Gobierno tan solo se conforma con que las menores de edad necesiten el consentimiento expreso de los representantes legales para poder abortar.

De todas formas, la tramitación de la reforma parcial de la LO 2/2010 se ha paralizado hasta después de las elecciones autonómicas y locales del próximo 24 de mayo.

3 CONCLUSIONES

Tras analizar las diferentes regulaciones en materia de aborto que se han ido desarrollando en nuestro país desde la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, se ha podido comprobar la gran influencia que ejercen los distintos partidos políticos a la hora de introducir modificaciones o derogaciones de las leyes vigentes en el momento de su mandato.

La intervención voluntaria del embarazo, término que introdujo la LO 2/2010, ha sufrido un gran cambio desde el primer Proyecto de LO de 1980 totalmente conservador hasta la actual ley mucho más liberal.

La LO 9/1985 se encargó de introducir el sistema de indicaciones (terapéutica, eugenésica y ética) después de que el Tribunal Constitucional (previo recurso de inconstitucionalidad interpuesto por José María Ruiz Gallardón junto con otros diputados) obligara a establecer ciertos requisitos tras haber considerado algunos aspectos del Proyecto de LO de 1983 como inconstitucionales, no por el sistema de indicaciones, sino porque consideraba que no se protegía lo suficiente el bien jurídico vida del nasciturus.

La LO 9/1985 conllevó una despenalización parcial del aborto, ya que se consideraba delito exceptuando ciertas situaciones que se representaban con el sistema de las indicaciones. Estas situaciones eran las únicas en que se comprendía que en la ponderación del bien jurídico vida del nasciturus con los derechos de la mujer embarazada, el primero cedía frente a los segundos. Estos eran los casos de peligro para la vida o salud física o psíquica de la madre, que el concebido fuese gestado a causa de un delito de violación o que el feto presentara graves taras físicas o psíquicas.

Posterior a esta ley se creó una nueva regulación, la LO 2/2010. El principal aporte que introdujo esta ley fue el cambio de un sistema de indicaciones a uno de plazos acompañado de indicaciones, pasando de ser una regulación penal estricta en la que el aborto era sancionado siempre menos en algunas excepciones a constituir un derecho para la mujer embarazada. Durante las primeras catorce semanas de gestación, la embarazada tiene plena libertad para abortar sin necesidad de desvelar sus motivos. Transcurrido este tiempo tendrá la posibilidad de abortar si cumple alguna de las indicaciones que comentaba anteriormente.

Además de esa aportación, otra de las más importantes fue que las chicas de 16 y 17 años pueden abortar sin necesidad de consentimiento expreso de sus representantes legales. Ellas tienen la libertad de decisión para elegir si sufrir las consecuencias que puede

conllevar la realización de un aborto, o las consecuencias de la maternidad a tan temprana edad.

Aparte de esto, otras de las novedades fueron: los requisitos que hay que cumplir para poder realizar un aborto (llevado a cabo por profesionales de la salud, en un centro público o privado acreditado, dictámenes de especialistas en caso de que se necesiten), el derecho de los profesionales sanitarios a objetar, la introducción de la educación sexual y afectiva en las escuelas y las características que debe cumplir la información que se les aporta a las embarazadas.

El Partido Popular presentó un recurso de inconstitucionalidad contra la LO 2/2010 que aún está pendiente de resolución. Por lo que decidió buscar el cambio por su cuenta y en 2013 presentó su Anteproyecto de Ley. En él se estipulaba la derogación de la LO 2/2010 al completo, su objetivo principal era retroceder a un modelo punitivo del aborto, eliminar los derechos sexuales y reproductivos y la posibilidad de libre decisión de la mujer.

Para impulsar dicha reforma el Partido Popular se basó en cuatro argumentos: la demanda social de modificación de la LO 2/2010 en vigor, el fracaso de la LO 2/2010 para reducir el número de abortos, corregir un déficit de protección legal del concebido y por último, el supuesto incumplimiento por parte del Estado Español de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Tras analizar cada uno de los argumentos y basarnos en datos, se llega a la conclusión de que ninguno de los argumentos expuestos era válido.

En este Anteproyecto se proponía la desaparición del sistema de plazos y la indicación eugenésica, manteniendo únicamente la indicación ética y la terapéutica con algunas variaciones. También la anulación del derecho de las chicas de 16 y 17 años a decidir por sí mismas, ya que se transmitía a los representantes legales el poder de decisión. Incorpora un doble asesoramiento en los supuestos penalizados: el asesoramiento asistencial y la información clínica.

La presión y el mal momento político que vivía el Partido Popular, le obligó a paralizar la implantación de esta ley conservadora. Esto causó la renuncia del ministro Alberto Ruiz Gallardón.

Ante su frustrado intento por derogar la LO 2/2010, el 18 de febrero de 2015, el Grupo Parlamentario Popular planteó una Proposición de Ley Orgánica. Esta Proposición de ley presentaba dos objetivos: eliminar la decisión autónoma de las chicas de 16 y 17 años de si seguir o no con el embarazo y el cambio de la Ley 41/2002 para incidir en la necesidad del consentimiento expreso por parte de los representantes legales.

La tramitación de esta reforma parcial de la LO 2/2010 está paralizada a la espera de lo que ocurra en las elecciones próximas de este año.

El constante cambio en que se encuentra la legislación referente al aborto hace que haya un desconocimiento legal entre los ciudadanos. Cada vez que un partido político llega al poder intenta reformar la ley sobre el aborto que se encuentra en vigor, esto crea una ignorancia en la población. Si no están informados no sabrán ni en que situaciones es legal, ni en que otras es castigado; por tanto, cuando se planteen recurrir a él lo harán en condiciones de mayor inseguridad jurídica.

Estos cambios pueden deberse a que el artículo 15 de la Constitución Española es ambiguo, para dejar en manos del legislador la concreción de quiénes serán los titulares del derecho a la vida.

Durante todos los años que el aborto no estuvo legalizado, las mujeres se sometían a abortos clandestinos los cuales no eran realizados de manera óptima para la salud de la madre. Esto lo convirtió en un problema de salud pública, pues la clandestinidad en que se hacía y al ser efectuado por personas sin preparación, generaba grandes complicaciones o hasta la muerte de la madre. La introducción del sistema de plazos no tuvo como efecto el aumento del número de abortos, sino que permitió que estos se realizaran de manera óptima resguardando la salud de la embarazada. Las mujeres que deseaban abortar lo iban a hacer igualmente y de esta forma estaban amparadas por la ley.

La interrupción del embarazo también se considera un problema social porque implica conflictos de educación sexual, cultural e igualdad. Se intentó dar respuesta desde la visión preventiva introduciendo la educación sexual en los colegios, pero esto traía como efecto los conflictos ideológicos, religiosos y morales.

La manera de transmitir la información por parte de los profesores en los colegios puede estar condicionada por su ideología frente al tema y esto puede crear un enfrentamiento con los padres o con los propios alumnos. Por tanto, el Estado y las Comunidades Autónomas deben establecer el modo de que la impartición de esta educación sexual se lleve a cabo de manera que no entre en conflicto con otros derechos o intereses en juego, y de forma que garantice una información no centrada en un único punto de vista, sino que ofrezca una visión plural.

En lo respectivo a la posibilidad de abortar en menores de edad, de 16 y 17 años, que introdujo la LO 2/2010; legalmente está establecido que la mayoría de edad son los 18 años. Así aparece en el artículo 1 del Real Decreto-ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre

mayoría de edad⁶⁵. Por tanto, sería lógico que si según la ley la mayoría de edad son los 18 años, la posibilidad de realizar una interrupción voluntaria del embarazo sin necesidad de consentimiento expreso de los representantes legales sea a partir de esa edad y no de los 16 años como señaló la LO 2/2010.

Tanto en la LO 2/2010 del PSOE actualmente en vigor como en el Anteproyecto y Proyecto de Ley presentados por el PP, cada partido político hace una interpretación de los derechos a su libre albedrío, dándole cada uno sus propias acepciones. De esta manera, buscan conseguir más número de votos en las elecciones favoreciendo en cada caso a sus grupos de votantes. Es decir, el PSOE es un partido liberal busca complacer a sus votantes y el PP que es más conservador a los suyos. Por eso, las veces que se ha transformado la ley del aborto se ha hecho buscando votos e ignorando todos los efectos que puede traer a la sociedad este cambio continuo de legislación.

⁶⁵ Real Decreto-ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad. *Boletín Oficial del Estado*, 275, 26150.

4 BIBLIOGRAFÍA

Bergallo, P. (2007). El derecho al aborto en los sistemas jurídicos del mundo. *Fundación para estudio e investigación de la mujer*, 5, pp. 1-6.

Cebriá García, M. (2003). La objeción de conciencia al aborto: su encaje constitucional. *Anuario de la Facultad de Derecho*, XXI, pp. 99-121.

Cerezo Mir, J. (1982). La regulación del aborto en el proyecto de nuevo Código Penal español. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 35, mes 3, pp. 561-580.

Consulta de la Fiscalía General del Estado 5/1978, de 30 de junio, sobre extraterritorialidad de la ley penal española en relación con un delito de aborto cometido en Francia.

Cook, R.J. (2010). Avances en reforma de legislación sobre aborto en el mundo. *Cuadernos: Aportes al debate en salud, ciudadanía y derechos*, 3, pp. 1-33.

González-Varas Ibáñez, A. (2010). Aspectos ético-jurídicos de la regulación del aborto en España. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 23, pp. 1-31.

Ibáñez y García Velasco, J.L. (1992). *La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX*. Madrid. Siglo Veintiuno Editores. pp. 1-314.

Interrupción voluntaria del embarazo. Datos definitivos correspondientes al año 2012. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. pp. 1-202.

Jenson, J., y Valiente Fernández, C. (2001). El movimiento a favor de la democracia paritaria en Francia y España. *Revista Española de Ciencia Política*, 5, pp. 79-110.

Landrove Diaz, G. (1983). Eficacia espacial de las leyes penales españolas. *Estudios Penales y Criminológicos*, 6, pp. 154-196.

Landrove Diaz, G. (1985). El aborto y el futuro código penal. *Anales de derecho*, 7, pp. 115-129.

Landrove Diaz, G. (1985). La tímida despenalización del aborto en España. *Estudios Penales y Criminológicos*, 10, pp. 190-230.

Laurenzo Copello, P. (2014). Desandando el camino: la contrarreforma del aborto. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 16-09, pp. 1-39.

López Betancourt, E. (2007). *Introducción al Derecho Penal*. México. Porrúa. pp. 1-281.

Manual para la perspectiva de género en las políticas de empleo, de inclusión social y de protección social. Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades Unidad G1. Comisión Europea (Abril, 2008).

Martínez León, M., y Rabadán Jiménez, J. (2010). La objeción de conciencia de los profesionales sanitarios en la ética y deontología. *Cuaderno de Bioética*, XXI, pp. 199-210.

Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Interrupción Voluntaria del Embarazo. Datos definitivos correspondientes al año 2009.

Navarro-Valls, R. (2005). La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 9, pp. 1-27.

Rey Martínez, F. (2011). ¿Es el aborto un derecho en Europa?. *Revista Derecho del Estado*, 27, pp. 293-302.

Rodríguez Mourullo, G. (1978). *Derecho Penal Parte General*. Madrid. Civitas Ediciones. pp. 1-357.

Rodríguez Ruiz, B. (2010). ¿Cuestión de derechos? El Consejo de Estado ante los retos del aborto. *Teoría y realidad constitucional*, 25, pp. 603-619.

Ropero Carrasco, J. (2003). La insuficiencia del sistema de indicaciones en el delito de aborto. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 56, mes 1, pp. 211-251.

Silva Sánchez, J.M. (2007). Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del status personae. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-01, pp. 1-18.

Souto García, E.M. (2009). Mujer y vida prenatal: ¿Dos realidades irreconciliables?: Análisis sobre la posible reforma en materia de aborto. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Revista Jurídica Interdisciplinar Internacional*, 13, 2009, pp. 773-787.

5 BIBLIOGRAFÍA WEB

Belaza, M.C. (11 Marzo 2009). Grupos feministas piden en el Congreso que se despenalice el aborto. *El País*. Recuperado de

http://sociedad.elpais.com/sociedad/2009/03/11/actualidad/1236726007_850215.html

GESOP <http://www.gesop.net/es/>

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Gobierno de España.

<https://www.msssi.gob.es/>

6 LEGISLACIÓN UTILIZADA

Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada, de 20 de Diciembre de 2013. Ministerio de Justicia.

Constitución Española. (BOE núm. 311, 29 de diciembre de 1978).

Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, 18 de diciembre de 1979, 1249 UNTS 13 (La Convención de las mujeres).

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Instrumento de ratificación de España de 30 de marzo de 2007, *Boletín Oficial del Estado*, 21 de abril de 2008, n.º. 96/2008, p. 20649. <http://www.convenciondiscapacidad.es/>

Dictamen del Consejo de Estado de 17 de Septiembre de 2009 sobre el anteproyecto de la ley orgánica de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo. N.º Expediente 1384/2009 (Igualdad).

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. *Boletín Oficial del Estado*, 274, 40126-40132.

Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de Septiembre de 1870 y Ley adicional a la misma de 14 de Octubre de 1882. (1882). Madrid.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, 157.

Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 166, 22041.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 281, pp. 33987-34058.

Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. *Boletín Oficial del Estado*, 55, 21001-21014.

Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. *Boletín Oficial del Estado*, 63, 23026-23031.

Proyecto de Ley Orgánica, de 23 de marzo de 1983, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal. *Boletín Oficial de las Cortes Generales Congreso de los Diputados*, núm. 10-I bis-2.

Proyecto de Ley Orgánica para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, de 18 de febrero de 2015. Ministerio de Justicia.

Real Decreto-ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad. *Boletín Oficial del Estado*, 275, 26150.

7 SENTENCIAS CITADAS

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 75/1984 de 27 de Junio.

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 53/1985 de 11 de Abril.

Tribunal Supremo (Sala Segunda). Sentencia núm. 1452/1980 de 20 de Diciembre.

Tribunal Supremo (Sala Segunda). Sentencia núm. 765/1983 de 15 de Octubre.

Tribunal Supremo (Sala Primera). Sentencia núm. 1132/2006 de 15 de Noviembre.