

Informe del Comité de Bioética de España sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada.

Miembros del Comité

María Teresa López López (Presidenta)

Federico de Montalvo Jääskeläinen (Vicepresidente)

Carlos Alonso Bedate

Vicente Bellver Capella

Fidel Cadena Serrano

Manuel de los Reyes López

Pablo Ignacio Fernández Muñiz

Nicolás Jouve de la Barreda

Natalia López Moratalla

César Nombela Cano

Carlos M^a Romeo Casabona

José Miguel Serrano Ruiz-Calderón

Secretario del Comité

Javier Arias-Díaz

Comité de Bioética de España

Avda. Monforte de Lemos, 5 28029 Madrid - España

Tel.: +34 91 822 21 03 / +34 91 822 21 79

Fax: +34 91 822 21 12

www.comitedebioetica.es

1. ANTECEDENTES JURÍDICOS Y LEGISLACIÓN VIGENTE.....	3
2. CONSIDERACIONES DESDE LA BIOLOGÍA Y LA MEDICINA.....	5
3. JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA	9
4. EXIGENCIAS DE LA PROTECCIÓN DE LA VIDA HUMANA EN GESTACIÓN....	11
5. LA OPCIÓN PRINCIPAL DEL LEGISLADOR POR EL SISTEMA DE INDICACIONES.....	14
6. INSUFICIENTES ACTUACIONES EN MATERIA DE PROTECCIÓN POSITIVA DE LA MATERNIDAD EN EL ANTEPROYECTO	16
7. VALORACIÓN DEL ARTICULADO DEL ANTEPROYECTO	17
7.1. <i>Se suprime la sanción penal para la mujer que aborta</i>	<i>18</i>
7.2. <i>Se pasa de una regulación mixta del aborto, basada en plazos e indicaciones, a otra basada únicamente en indicaciones</i>	<i>20</i>
7.2.1. <i>Se suprime la indicación eugenésica o embriopática</i>	<i>20</i>
7.2.2. <i>Se regulan dos supuestos en los que se permite el aborto</i>	<i>25</i>
7.2.2.1. <i>La indicación terapéutica.....</i>	<i>25</i>
7.2.2.2. <i>La indicación ética.....</i>	<i>27</i>
7.3. <i>Se da una nueva regulación a las condiciones para el aborto de las menores.</i>	<i>27</i>
7.4. <i>Acciones en materia de educación para la salud sexual y reproductiva, y de planificación familiar.....</i>	<i>29</i>
7.5. <i>Acciones en materia de información y asesoramiento para resolver posibles conflictos originados o agravados por el embarazo</i>	<i>29</i>
7.6. <i>Asesoramiento e información clínica a la mujer que se va a someter a un aborto legal</i>	<i>30</i>
7.6.1. <i>Asesoramiento asistencial.....</i>	<i>30</i>
7.6.2. <i>Información clínica</i>	<i>32</i>
7.7. <i>La prestación sanitaria del aborto legal forma parte de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud</i>	<i>33</i>
7.8. <i>Regulación de la objeción de conciencia al aborto</i>	<i>33</i>
7.9. <i>Prohibición de la publicidad sobre la prestación de la interrupción voluntaria del embarazo</i>	<i>35</i>
8. RECOMENDACIONES	35
9. ANEXOS: VOTOS PARTICULARES.....	39
9.1. <i>Anexo 1: Voto particular D. Federico de Montalvo Jääskeläinen, D. Carlos Alonso Bedate y D. Manuel de los Reyes López</i>	<i>39</i>
9.2. <i>Anexo 2: Voto particular D. Pablo Ignacio Fernández Muñiz</i>	<i>48</i>
9.3. <i>Anexo 3: Voto particular D. Carlos María Romeo Casabona</i>	<i>53</i>

Informe del Comité de Bioética de España sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada.

Con fecha 4 de abril de 2014 se envía por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad para informe del Comité de Bioética de España (en adelante, el Comité) el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada (en adelante, el Anteproyecto).

El Comité como órgano colegiado, independiente y de carácter consultivo sobre materias relacionadas con las implicaciones éticas y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud tiene un marco de actuación delimitado legalmente. En virtud de este marco debe informar preferentemente sobre las implicaciones bioéticas de los textos que le sean enviados a informe o de las consultas que se le realicen. Como en este caso el pre-legislador ha sometido el Anteproyecto a informe del Comité de Bioética de España nos corresponde informar acerca de lo relacionado directamente con dichas implicaciones.

Por ello, el Comité toma como base de su informe, el texto del Anteproyecto que le es sometido, deteniéndose fundamentalmente en su adecuación y oportunidad, desde consideraciones bioéticas, legales y científicas. La opinión manifestada así sobre el Anteproyecto no implica que los miembros renuncien a su posiciones personales –en casi todos los casos, manifestadas en otros ámbitos– acerca de cuál sería una legislación ideal sobre la protección de la vida del concebido, sobre la obligación de reconocer derechos al concebido desde el inicio de su vida biológica o sobre la preferencia de medios penales o administrativos más adecuados para garantizar la protección.

El Comité en el pleno del día 13 de mayo de 2014 aprueba el siguiente informe conforme a lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, que fija entre las funciones del Comité emitir informes, propuestas y recomendaciones para los poderes públicos de ámbito estatal y autonómico en asuntos con implicaciones éticas relevantes.

1. ANTECEDENTES JURÍDICOS Y LEGISLACIÓN VIGENTE

La Constitución Española establece en su artículo 15 que *“Todos tienen derecho a la vida”*. En sentido similar se pronuncian los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por España. Así, el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Fundamentales (1950) declara que *“El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley”*, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) expresa literalmente: *“El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”*, el Preámbulo de la Convención de Derechos del Niño (1989) y la Convención de derechos de personas con discapacidad de 2006 que afirma en su artículo 10 que *“Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”*.

El efecto jurídico del término *“todos”* en el artículo 15 Constitución Española ha sido interpretado por reiterada Jurisprudencia constitucional. En su pronunciamiento el Tribunal Constitucional incluye una ponderación del bien de la vida del *nasciturus* particularmente cuando entra en conflicto con los derechos de la mujer embarazada, con la protección de su vida o salud, de su dignidad o de su intimidad personal.

En relación con la punición penal del aborto se ha desarrollado un amplio debate científico y social en el que se han mantenido posturas diversas. Algunos defienden que el aborto provocado debe ser siempre delito sin restricciones ni excepciones, salvo generalmente la de la excepción del riesgo vital para la vida de la madre. Es decir, confieren predominio a la vida del feto. La postura antagónica estima que el aborto no puede ser punible porque la mujer embarazada tiene derecho a disponer libremente de su cuerpo, incluyendo en su libre decisión el destino de la vida humana en formación que se gesta en su interior. Entre ambas posturas han surgido en la jurisprudencia comparada otras, unas que extienden las indicaciones más allá del riesgo vital para la vida de la madre, otras que permiten el aborto provocado en un plazo temporal que se considera relevante para el desarrollo de unas cualidades en el *nasciturus* que le harían acreedor de la protección jurídica.

En el conocido como sistema de plazos se establece que durante un determinado período del embarazo, generalmente las primeras doce semanas, la voluntad de la mujer embarazada prevalece –sin necesidad de aducir motivo alguno a efectos jurídicos– sobre el bien vida del *nasciturus*. El sistema de indicaciones, por el contrario, parte de la premisa de que debe prevalecer la vida del *nasciturus*, salvo que concurra alguna razón relevante jurídicamente que altere esa valoración. Esas

razones que evitarían la punibilidad del aborto provocado serían la protección de la vida o salud de la mujer (indicación médica o terapéutica), su dignidad (indicación criminológica, también llamada en su momento ética) o evitar el nacimiento del feto con graves taras físicas o psíquicas (indicación eugenésica o embriopática).

El conocido como sistema de indicaciones fue introducido en el Código Penal español de 1973 en la reforma operada por Ley de 5 de julio de 1985, que recogía en su artículo 417 bis tres indicaciones –terapéutica, ética y eugenésica–. La Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC), 53/1985, de 11 de abril, proclamó la constitucionalidad del proyecto de Ley que despenalizaba el aborto en esas tres indicaciones, aunque añadió exigencias no recogidas en la primera despenalización y modificó una deficiente redacción del supuesto de violación que hacía imposible recurrir legalmente a él.

El sistema de indicaciones siguió vigente en el Código Penal de 1995, que en su Disposición Derogatoria única mantuvo la vigencia del mencionado artículo 417 bis.

Finalmente fue derogado por la vigente Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo (en adelante, Ley Orgánica 2/2010), que incluyó por vez primera en nuestro derecho el sistema de plazos.

En virtud de la referida Ley es posible llevar a cabo la interrupción del embarazo, tanto a petición de la mujer dentro de un determinado periodo de tiempo (sistema de plazos), como por la concurrencia de causas fijadas legalmente (sistema de indicaciones). En ambos casos se exigen como requisitos necesarios para la interrupción voluntaria del embarazo, los siguientes:

- a) Que se practique por un médico especialista o bajo su dirección.
- b) Que se lleve a cabo en un centro sanitario público o privado acreditado.
- c) Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, aunque podrá prescindirse del consentimiento de la mujer cuando la misma esté incapacitada legalmente.

En caso de mujeres menores de edad de 16 ó 17 años el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, persona con patria potestad o tutores de las mujeres deberá ser informado de la decisión de ésta. Pero se podrá

prescindir de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un grave conflicto manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo.

La citada Ley prevé en el artículo 14 que *“podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad; y b) Que haya transcurrido un plazo de tres días, desde dicha información y la realización de la intervención”*. Esta previsión constituye en la práctica un sistema de plazos aun cuando la norma considera que en este período la prevalencia de la voluntad de la embarazada en la decisión de abortar se entiende contrarrestada por el deber de informar sobre las ayudas a la maternidad y por la necesidad de respetar el plazo de reflexión, cuyos incumplimientos pueden dar lugar a la comisión del delito recogido en el artículo 145 bis del Código Penal.

En lo que se refiere a la interrupción del embarazo por causas médicas se admiten dos indicaciones: terapéutica y eugenésica. La primera permite el aborto en el caso de grave riesgo para la vida o salud de la embarazada, siempre que no se hubieran superado las 22 semanas de gestación. El grave riesgo para la vida o salud deberá ser acreditado por un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico especialista distinto del que vaya a practicar la interrupción del embarazo, aunque, en caso de urgencia por riesgo vital, podrá prescindirse de ese dictamen.

La indicación eugenésica se da cuando existe un grave riesgo de anomalía en el feto siempre que no se hayan superado las primeras 22 semanas de gestación o cuando efectivamente se detecten ya en el feto anomalías incompatibles con la vida, en cuyo caso se acepta la indicación incluso con posterioridad a ese plazo de 22 semanas de gestación. En el caso de riesgo grave de anomalías en el feto deberá constar un dictamen emitido con anterioridad a la práctica de la interrupción, por dos médicos especialistas. Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida deberá constar el dictamen emitido con anterioridad por dos médicos especialistas, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.

2. CONSIDERACIONES DESDE LA BIOLOGÍA Y LA MEDICINA

Aunque de los datos científicos no se deriven automáticamente consecuencias morales, es evidente que desde una perspectiva bioética estos datos han de tenerse en cuenta para valorar las normas que se establezcan y que afecten a la vida humana en las fases iniciales de su desarrollo. Por ello conviene recordar lo que ya expresó en

su día el Comité en su informe a propósito del Proyecto de Ley 2/2010 publicado el 7 de Octubre de 2009, que posteriormente se convirtió en la vigente Ley Orgánica: *“El desarrollo embrionario y fetal puede considerarse un proceso en continuidad (un continuum, en palabras del Tribunal Constitucional) desde la fusión de los pronúcleos del espermatozoide y del óvulo hasta el parto. Desde esta perspectiva, su vida biológica puede identificarse en todo momento como una vida humana”*. Igualmente, se indica en este texto que: *“El primer momento relevante es la fecundación, entendida como la fusión de los pronúcleos del espermatozoide y del óvulo. Surge aquí una entidad biológica nueva, que posee la dotación genética característica de la especie humana”*. El desarrollo subsiguiente, a través de las etapas embrionaria y fetal, implica un proceso espacio-temporal, en el que tiene lugar una activación secuencial de los genes regulada por señales biológicas. Por tanto, la entidad biológica resultante de la fecundación debe catalogarse y adjetivarse como vida humana, cuyo desarrollo debe ser respetado y protegido, precisamente en consideración a la dignidad de toda vida humana.

El aludido informe del Comité de 2009 también menciona la existencia de varias fases del desarrollo de la vida humana, tras la fecundación. A efectos de la valoración bioética del Anteproyecto de Ley, objeto de este informe, se considera que existen en el proceso de desarrollo embrionario dos momentos especialmente relevantes. El primero lo constituye la etapa de implantación del embrión en la pared del útero materno, que acontece a lo largo de la segunda semana del desarrollo embrionario, por la que consolida la comunicación e interrelación biológica con la madre. El segundo momento de especial relevancia tiene lugar cuando el feto ya puede tener la capacidad para sobrevivir fuera del útero materno. Gracias al desarrollo de la medicina, y en especial de los cuidados intensivos neonatológicos, la posibilidad de vida extrauterina se alcanza ya en la semana 22 de la gestación.

En el Anteproyecto objeto de este informe se establece un cambio de modelo que tiene en cuenta estos datos objetivos de carácter científico y médico al proponer la protección de la vida humana durante toda la gestación, fijando los supuestos en los que ésta se puede interrumpir, en función de la existencia de determinados conflictos entre la vida y salud de la madre y el hijo.

Este Comité valora positivamente el cambio de modelo que se establece en el Anteproyecto frente al modelo vigente, al considerar que permitir el aborto durante las primeras catorce semanas de gestación, sin alegar causa que lo justifique, supone una desprotección absoluta del ser humano. Dicha desprotección, además, se produciría durante una etapa extensa de su desarrollo, que incluye todo el período embrionario y una parte sustancial del período fetal.

También quedó reflejado en el mencionado informe del Comité de 2009 y es igualmente compartido por el actual, que el aborto es una “realidad lamentable” que debería reducirse en lo posible. La interrupción voluntaria del embarazo tiene consecuencias irreversibles, cuya dimensión social afecta a los cimientos de la convivencia. Pero el aborto tiene también una dimensión biológica por lo que debe ser considerado desde la biología, la medicina y la salud. De ahí que hayamos de referirnos a aquellos aspectos del anteproyecto relacionados con el conflicto entre los bienes en juego en el aborto: vida y dignidad de la mujer embarazada y del *nasciturus*.

Debe tenerse en cuenta que la comunicación madre-hijo durante la gestación es intensa y que es la madre quien más experimenta las consecuencias de la misma, tanto en el plano fisiológico como psicológico, que no terminan con el nacimiento sino que van más allá de éste. Igualmente ocurre en el caso del aborto. Por ello, la mujer debería continuar recibiendo una atención especial, incluso después de someterse a un aborto.

Igualmente, hay que recordar que todo ser vivo para su supervivencia depende del medio en el que habita. Durante la gestación esta dependencia es máxima hasta al menos la semana 22, por lo que cualquier actuación que se realice en su contra durante ese período supondrá la finalización del proceso de gestación, es decir el aborto.

En relación al *nasciturus*, la Ley Orgánica 2/2010 incluía dentro de las enfermedades extremadamente graves e incurables cualquier malformación del feto, aceptando esta situación para justificar el aborto. El presente Anteproyecto suprime este supuesto como causa de aceptación del aborto. Desde el punto de vista ético, este Comité valora positivamente que se suprima la discriminación, al entender que la protección de toda vida humana es una obligación jurídica no solo después, sino también antes de nacer.

Según el Anteproyecto no es punible la conducta de la embarazada en el caso de que el aborto se deba a una afectación psíquica de la madre como consecuencia de la detección en el feto de una “*anomalía incompatible con la vida*”. Se entienden como anomalías incompatibles con la vida, todas aquellas que puedan estar incluidas en la definición establecida por la Comisión de Bioética de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (en adelante, SEGO), que se formula como “*aquella que previsible y habitualmente aparezca asociada con la muerte del feto o del recién nacido durante el período neonatal aunque en condiciones excepcionales la supervivencia pueda ser mayor*”. Conviene a este respecto aclarar que dentro de las anomalías incompatibles con la vida hay una casuística variada. Existen anomalías

que afectan al desarrollo –por ejemplo, una anencefalia en la que por carencia del tronco cerebral no se llegan a integrar las funciones vitales, de forma tal que no se completa el desarrollo y no llega a término la gestación, o el hijo muere al poco de nacer. Otras anomalías de esta naturaleza pueden deberse a una carencia metabólica –por ejemplo, por ausencia o alteración de una enzima por causa de una mutación genética–, cuya deficiencia no se pone de manifiesto durante la gestación al ser suplida por el metabolismo de la madre. En algún caso ese déficit enzimático puede ser extremadamente grave e impredecible, porque se desarrolla durante la etapa de desarrollo intrauterino tardía o en las primeras semanas tras el parto, por lo que la incompatibilidad con la vida sólo se pondrá de manifiesto después del nacimiento.

En cualquiera de estos casos el hijo podrá morir antes de nacer o no podrá sobrevivir mucho tiempo tras el parto. Ante el supuesto de que el feto vaya a morir perinatalmente caben tres posibilidades: inducir un aborto antes de la semana 22, lo que sería un aborto por razón de malformación; inducir un parto después de la semana 22 y esperar a la muerte natural, o dejar que se complete la gestación permitiendo que se produzca el parto natural.

Para cualquiera de estas opciones, el feto debe en todo caso gozar de la consideración que le corresponde por pertenecer a la especie humana, aunque sea previsible que pueda morir pronto. Ni las anomalías incompatibles con la vida que alteran el desarrollo, ni la enfermedad metabólica de causa genética, suplida o no por la madre, generan dolor ni sufrimiento psíquico en el feto para justificar un aborto. Los datos científicos señalan como indiscutible la incorporación subconsciente del dolor durante el proceso del desarrollo fetal, por lo que en el caso de la inducción del aborto, con el fin de evitar el dolor, debe utilizarse anestesia.

Hacia la semana 20, cuando ya está completa la formación del sistema nervioso central, no se han desarrollado aún los mecanismos fisiológicos y neurológicos inhibidores del dolor. Por ello, frente a un aborto doloroso, la opción de esperar e inducir el parto a partir de la semana 22 es la que menos daño físico provoca sobre el feto.

Más allá de la semana 22 el Anteproyecto propone que se induzca el parto en lugar de provocar un aborto, basándose en que, según señala la Organización Mundial de la Salud, a partir de ese momento, la vida del concebido ya es susceptible de desarrollarse de forma independiente a la de la madre. Debe tenerse en cuenta que el adelanto del parto en el caso del feto en condiciones de salud normal o enfermedad no incompatible con la vida, acarrea ciertos riesgos y podría tener efectos negativos para el desarrollo posterior al nacimiento del neonato, debido a su inmadurez.

En relación con la madre y ante los conflictos originados por un embarazo no deseado

resulta necesario un asesoramiento asistencial así como la aportación a la embarazada de una información clínica personal, individualizada y verbal. Se trata de un asesoramiento, que ha de ser llevado a cabo por médicos y profesionales sanitarios y de servicios sociales, distintos e independientes de aquellos que en su caso realizaran el aborto o bajo cuya dirección éste tenga lugar y que no desarrollen su actividad profesional en el centro o establecimiento en el que se lleve a cabo.

Un embarazo no deseado en que además el hijo presenta una enfermedad incompatible con la vida puede generar alteraciones psíquicas y psicológicas en la madre gestante. Cuando esto se produce, y desde la perspectiva de la defensa de la vida del no nacido, surge la exigencia de acreditación de tales alteraciones de forma suficiente, y sin que quede espacio para la duda, de acuerdo con los criterios que proporciona la ciencia y la práctica médica. Debe requerirse por tanto un informe motivado y emitido con anterioridad, por dos médicos de la especialidad correspondiente a la patología en cuestión y que sean distintos de aquél que practique el aborto o bajo cuya dirección éste tenga lugar. Así mismo, deben desarrollar su actividad profesional en un centro o establecimiento distinto de aquel en el que se lleve a cabo el aborto.

La literatura científica sobre las relaciones del aborto con las alteraciones psiquiátricas causadas por un embarazo no deseado es amplia y dista de ser concluyente en muchos de sus aspectos. Así, se puede constatar que tanto el que el embarazo no fuera deseado, como el que el hijo sea diagnosticado de alguna anomalía, no necesariamente conlleva un incremento de estos trastornos ni una evolución negativa de la salud mental de la madre. Se trata de una correlación que no está demostrada con carácter general. Más bien se puede concluir que los resultados sobre esta correlación aparecen como neutros, mezclados, o negativos, pero no se ha puesto de manifiesto que sea mejor o que sea positivo para la salud mental de la madre el someterse a un aborto. Las publicaciones en las que se examina cualitativamente la relación entre el aborto y la salud psíquica de la madre son numerosas y de resultados contradictorios. Sin embargo, tanto los estudios científicos que muestran que no hay relación significativa, como las que afirman que esa relación sí se produce, señalan que la salud mental de la mujer que ha sufrido un aborto inducido, debe ser atendida médicamente a fin de prevenir los riesgos que éste provoca.

3. JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA

El Anteproyecto consta de una Exposición de Motivos con seis puntos, siete artículos una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

La disposición derogatoria deja sin efecto la Ley Orgánica 2/2010, primera cuestión que debemos abordar en virtud de su trascendencia.

Ningún órgano consultivo del Estado puede sustituir el criterio de oportunidad política que corresponde al pre-legislador. El informante no puede en este sentido sustituir la discrecionalidad, ni la responsabilidad gubernamental. En cambio, sí es función del Comité manifestar su parecer sobre la justificación que se aduce de ese criterio de oportunidad, sobre todo cuando está vigente una norma regulatoria de la materia que aún no ha cumplido cuatro años. (Ley Orgánica 2/2010.)

En ejercicio de esa función entendemos que el enfoque abordado, ya desde el título de la norma, que centra la Ley en la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada es el adecuado. Se valora especialmente la afirmación contenida en la Exposición de Motivos del Anteproyecto que afirma que *“La Constitución Española, en su artículo 15, establece que “todos tiene derecho a la vida”. Dicho derecho, en el mismo sentido que lo recoge la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional –la vida humana– y constituye el derecho fundamental, esencial y troncal, sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 de la Constitución como núcleo de otra serie de derechos inviolables que le son inherentes”.*

Y como añade acertadamente la propia Exposición de Motivos, en referencia específica al *nasciturus* y las implicaciones de la protección jurídica de su vida, *“tomando como fundamento estas disposiciones, el Tribunal Constitucional ha afirmado con rotundidad que la vida del concebido y no nacido –“nasciturus”–, en cuanto que encarna un valor fundamental garantizado en el artículo 15 de la Constitución Española –la vida humana–, constituye un bien jurídico protegido por la Constitución, que conlleva para el Estado dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado su carácter de valor fundamental, incluya también, como última garantía, normas penales”.*

Conviene recordar, en este punto, que la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional es reiterada y considera que mantiene los principios generales expresados en la Sentencia (en adelante, STC) de 11 de abril de 1985, 53/1985. Así en la STC 121/1996 de 19 de diciembre y respecto a la anteriormente citada afirma *“Que este Tribunal parta aquí, de modo expreso, del recordatorio de algunas de las fundamentales afirmaciones entonces proclamadas”.* Y en la STC 116/1999, de 17 de junio se insiste en que *“la condición constitucional del nasciturus...se declaró en la STC 53/1985 y que en consecuencia lo afirmado en esa Sentencia es “el marco*

constitucional desde el que procede enjuiciar los preceptos anteriormente enumerados”.

Consideramos, por lo tanto, que para garantizar el bien vida humana –tal como es descrito en una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional– es oportuno un cambio legislativo. En efecto, las disposiciones tomadas en la Ley vigente parecen insuficientes para la protección adecuada de los bienes jurídicos en juego en la interrupción voluntaria del embarazo.

4. EXIGENCIAS DE LA PROTECCIÓN DE LA VIDA HUMANA EN GESTACIÓN

La reiterada doctrina constitucional ha sentado las bases de unas exigencias de protección de la vida humana en gestación.

- a) Así el supremo intérprete de la Constitución tiene declarado que la vida humana en formación es un bien que constitucionalmente merece protección (SSTC 75/1994, de 27 de junio, 53/1985, de 11 de abril, 212/1996, de 19 de diciembre y 116/1999, de 17 de julio). Esta protección que la Constitución dispensa al *nasciturus* implica para el Estado *“la obligación de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma”* (STC 53/1985, FJ 5).
- b) También ha declarado que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital. Como consecuencia de esa afirmación *“si la Constitución protege la vida con la relevancia a la que antes se ha hecho mención no puede desprotegerla en aquella etapa de su formación que no solo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma”*.
- c) El Fundamento Jurídico séptimo de la STC 53/1985 establece que *“la protección que la Constitución dispensa al nasciturus implica para el Estado dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma”*.

Como ya informara el Consejo Fiscal en su estudio del Anteproyecto de la Ley Orgánica 2/2010 el sistema de interrupción del embarazo a petición de

la mujer durante las primeras catorce semanas, que se corresponde con el sistema de plazos, *“no puede considerarse una verdadera protección efectiva de la vida del nasciturus”*, en la medida en que en dicho supuesto *“la vida del nasciturus será eliminada, no por entrar en colisión con otros valores, sino por la exclusiva voluntad de la embarazada”*. En consecuencia, el sistema de plazos que se adoptó en la legislación vigente no exige que para la supresión de la vida del *nasciturus* sea preciso que exista una situación de conflicto con otros bienes jurídicos. De esta forma, uno de los bienes jurídicos digno de protección no sería suficientemente valorado.

- d) Como recalca el supremo intérprete constitucional *“la gestación ha generado un tertium existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta”* (FJ 5 de la STC 35/1985). En su virtud, el aborto se considera un caso límite en el ámbito del Derecho *“y el legislador puede tomar en consideración situaciones características de conflicto”*. Esa situación de conflicto *“no puede contemplarse tan solo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del nasciturus. Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre los derechos del nasciturus, dado que tal prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien no solo constitucionalmente protegido sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional”*.

En consecuencia el Estado tiene además la obligación de establecer *“un sistema de defensa de la vida que suponga una efectiva defensa de la misma”*. Quiere decirse, por tanto, que independientemente de las previsiones generales de la STC 1985 y de la legislación que posteriormente se ha desarrollado sobre el aborto provocado, incluso sobre la reconocida en principio como constitucional en la Sentencia citada, el Estado tiene la obligación de revisar constantemente si la protección de la vida humana prenatal amparada por el artículo 15 está siendo efectiva.

A este respecto puede considerarse que la legislación vigente, y también la anterior a la reforma de 2010, no cumplían adecuadamente con la obligación del Estado de velar por la vida del *nasciturus*, en cuanto no se había desarrollado una política adecuada para alcanzar el objetivo declarado de todas las reformas legales que era la disminución del número de abortos.

La realidad social subyacente al aborto y los problemas derivados de la legislación anterior a 2010 aparecen descritos tanto en las justificaciones de la misma reforma de la Ley 2/2010 como en los informes previos del Consejo de Estado y del Consejo

Fiscal. Igualmente, las informaciones recogidas desde instancias nacionales e internacionales, probaban, al menos, lo siguiente:

El número de abortos provocados bajo legislación de desarrollo de la STC 1985 había crecido hasta superar los 100.000 anuales. La inmensa mayoría de los abortos se realizaban en clínicas privadas bajo el amparo del supuesto *“del riesgo para la salud psíquica de la madre”*. Y se había producido un efecto llamada para la realización de abortos tardíos desde países donde teóricamente el bien vida humana se encontraba menos protegido constitucionalmente que en España, tal como reconoce el Consejo de Estado.

El mismo Consejo de Estado, también en el informe al Anteproyecto de la Ley 2/2010, indicaba que había razones que abogaban por un cambio legislativo, siendo las más importante lo que calificaba como *“el creciente fracaso de la nueva normativa”*, refiriéndose como *“nueva”* a la legislación posterior a 1985. En efecto, dado el objetivo señalado, entre otros, por el Parlamento Europeo y la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa de erradicar el aborto, la experiencia que podía derivarse de la aplicación de la legislación es que nos estábamos alejando de ese objetivo. Y ello porque, bien fuera por los propios defectos de la Ley del 85, por la aplicación laxa que era observable o por la evolución social, en España regía *“una indeseable situación de aborto libre cuando no arbitrario”*. De hecho, y son de nuevo palabras del Consejo de Estado, una regulación que, aunque despenalizadora del aborto era intencionalmente restrictiva, había hecho de España el lugar donde más crecía el número de abortos en la Unión Europea.”

Cabe considerar por lo tanto que una reforma de la Legislación vigente en torno a la interrupción voluntaria del embarazo y la protección de la vida prenatal no puede volver sin más a la situación jurídica previa a la Ley Orgánica 2/2010. Entendemos, que si bien existía un consenso sobre las exigencias derivadas de la STC 1985, también puede deducirse que razones relacionadas especialmente con el incremento del número de abortos y con las noticias sobre abortos tardíos aconsejaban reformar la legislación a fin de adecuarla a los propios fines exigidos por la Constitución, tal como han sido precisados por el Tribunal Constitucional.

Como expresa la Exposición de Motivos del texto que se somete a informe, el pre-legislador se inclina, a fin de adecuar la regulación a las exigencias manifestadas en la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a regular la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en unos supuestos excepcionales. *“Será pues, en estos supuestos excepcionales en los que existe un grave peligro para la vida o salud física y psíquica de la mujer y el embarazo es consecuencia de un hecho*

constitutivo de delito contra la libertad o indemnidad sexual, en los que procede la despenalización del aborto.”

5. LA OPCIÓN PRINCIPAL DEL LEGISLADOR POR EL SISTEMA DE INDICACIONES

El nuevo modelo que viene a establecer el Anteproyecto sustituye al actual de naturaleza mixta, plazos e indicaciones –en el que se reconoce implícitamente el derecho de la mujer a llevar a cabo la interrupción del embarazo sin alegar razón– por un modelo de indicaciones. Tal derecho no aparece proclamado en la Ley Orgánica 2/2010, pero se deduce sin dificultad tanto de la Exposición de Motivos, cuando manifiesta, que *“La presente Ley reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida, que implica, entre otras cosas, que las mujeres puedan tomar la decisión inicial sobre su embarazo y que esa decisión, consciente y responsable, sea respetada”*, como del propio tenor del artículo 14 de la misma en la que se permite la práctica del aborto al margen de la concurrencia de un conflicto o indicación. En la regulación propuesta en el Anteproyecto el aborto sería un acto ilícito que únicamente encontraría justificación legal en aquellos supuestos en los que concurriera un conflicto entre la vida del *nasciturus* y un derecho o interés de la madre, exigiéndose, por tanto, la concurrencia de un conflicto como elemento justificador, en su caso, de la práctica legal de la interrupción del embarazo.

Este cambio en la propia naturaleza del modelo se valora positivamente y entendemos que se ajustaría mejor a la configuración del derecho a la vida conforme se deduce tanto del artículo 15 de la Constitución como de la interpretación que del mismo ha efectuado el Tribunal Constitucional en su doctrina unánime (véase, especialmente, la STC 53/1985 y también las SSTC 212/1996 y 116/1999).

Además de ser este modelo basado en las indicaciones más adecuado con la interpretación constitucional del derecho a la vida, no olvida que en el contexto del embarazo se aprecia siempre la presencia de un tercero distinto de la madre que, como tal, debe ser protegido jurídicamente, no pudiendo quedar al libre arbitrio de las decisiones de la madre en ninguna de las fases del embarazo. En palabras del Tribunal Constitucional *“la gestación ha generado un “tertium” existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta”*. La presunta libertad de la madre no puede ser proclamada sin ambages, dado que afecta a un tercero o, al menos, a un valor como es la vida, distinto de los derechos, valores e intereses de la propia embarazada.

Más aún, en palabras del propio Tribunal Constitucional, *“el vínculo natural del nasciturus con la madre fundamenta una relación de especial naturaleza de la que no hay paralelo en ningún otro comportamiento social”*.

Por lo tanto, según nuestra doctrina constitucional la vida humana del *nasciturus* posee una dimensión objetiva que ha de ser protegida por el Estado, constituyendo un valor superior o fundamental del propio ordenamiento jurídico. De esta forma, si bien el derecho a la vida en su dimensión subjetiva es predicable según la interpretación del Tribunal Constitucional sólo del ser nacido, en su dimensión objetiva exige la protección de toda vida humana, incluyendo, por tanto, la vida del *nasciturus*. El Estado, pues, tiene el mandato constitucional de establecer un mecanismo efectivo de protección de la vida del *nasciturus* que sólo pueda apreciarse en un modelo basado en las indicaciones.

Como hemos indicado en un sistema de plazos o mixto como el que establece la actual Ley Orgánica 2/2010, la ponderación entre la vida del *nasciturus* y los derechos o intereses de la madre pasa de hacerla el legislador a efectuarla la propia madre, lo que supone desatender el deber de protección de la vida del no nacido que recae sobre el Estado, conforme hemos visto que proclama el Tribunal Constitucional. En el nuevo modelo que ahora se propone, la ponderación la hace el Estado, en defensa exigida de la dimensión objetiva del derecho a la vida, a través de la descripción normativa de una serie de indicaciones en las que habrán de primar los derechos o intereses de la mujer embarazada sobre la vida del *nasciturus*, sobre todo, cuando el conflicto no puede resolverse reduciendo proporcionalmente ambos, sino sacrificando necesariamente uno de ellos.

En definitiva, los términos en los que se pronuncia el Tribunal Constitucional y que se corresponden con los que se derivan de nuestra tradición jurídica en cuanto a la interpretación del derecho a la vida exigen, en todo caso, un mecanismo de protección de la vida del *nasciturus* que únicamente cederá cuando concurra un derecho o interés de la madre que haya de prevalecer sobre la vida del no nacido, y por tanto, no puede considerarse la interrupción voluntaria del embarazo como una expresión de la libertad de la mujer.

En este punto conviene insistir en que los mecanismos de información o puramente administrativos que mantiene la legislación vigente no cumplirían las exigencias de protección a las que nos venimos refiriendo. No hay otro ejemplo en nuestra legislación de una protección a un bien mediante un procedimiento consistente en entregar, un sobre cerrado, con información “neutral” que resuelve el conflicto mediante una decisión unilateral tres días después.

Recordamos que la posibilidad de que el *nasciturus* esté privado de la protección penal exige una serie de requisitos descritos en la STC 83/1985, *“El legislador puede tomar en consideración situaciones características de conflicto que afectan de una manera específica a un ámbito determinado de prohibiciones penales. Tal es el caso*

de los supuestos en los cuales la vida del nasciturus, como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con valores relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer, en una situación que no tiene parangón con otra alguna, dada la especial relación del feto respecto de la madre, así como la confluencia de bienes constitucionales en juego”.

6. INSUFICIENTES ACTUACIONES EN MATERIA DE PROTECCIÓN POSITIVA DE LA MATERNIDAD EN EL ANTEPROYECTO

Habiendo manifestado su apoyo a la denominación del proyecto sometido a informe “Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada” y considerando adecuada la oportunidad de modificación de la legislación vigente sobre interrupción voluntaria del embarazo, el Comité de Bioética de España, sin embargo, observa una clara insuficiencia en la propuesta.

En efecto, ya desde la STC 53/1985 se venía considerando que el apoyo a la mujer embarazada era la vía más eficaz para facilitar su acceso a la maternidad y la protección del bien vida humana prenatal. Es preciso recordar que cuando la Sentencia reconoce la constitucionalidad del aborto por graves taras físicas y psíquicas en el feto considera al mismo tiempo que *“la afirmación anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación.”*

Es más, prevé una superación del estado de cosas en aquel momento precisamente a través de la política social y así afirma que *“En relación con él y desde la perspectiva constitucional, hemos de poner de manifiesto la conexión que existe entre el desarrollo del artículo 49 de la Constitución –incluido en el capítulo III “De los principios rectores de la política social y económica” del título I, “De los derechos y deberes fundamentales”– y la protección de la vida del nasciturus comprendida en el artículo 15 de la Constitución. En efecto, en la medida en que se avance en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado Social (en la línea iniciada por la Ley de 7 de abril de 1982, relativa a los minusválidos, que incluye a los disminuidos profundos, y disposiciones complementarias) se contribuirá de modo decisivo a evitar situaciones que está en la base de la despenalización.”*

En consecuencia, entendemos que la norma debería incluir medidas de apoyo a la maternidad, especialmente en circunstancias gravosas para la madre. Reiteramos en

este punto lo que ya manifestó el Comité en relación con el Anteproyecto de Ley Orgánica 2/2010.

Sería necesario llevar a cabo una serie de políticas sociales de protección a la maternidad, así como en concreto, ayudas específicas a aquellas mujeres que tienen dificultades para llevar adelante la gestación y se ven abocadas, en contra de sus deseos, a tomar la decisión de abortar por abandono, falta de recursos o presiones que suponen una auténtica situación de violencia, como ha sido denunciado por mujeres que han pasado por tal trance. Hacen falta políticas que les ayuden a no tener que tomar la decisión de interrumpir su embarazo y, general, aumentar y extender las políticas de ayuda económica y social a la maternidad, como ya se viene haciendo en numerosos países europeos.

Ciertamente desde 1985 se ha avanzado mucho en las políticas sociales. Así hay que mencionar la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (Ley 39/2006 de 14 de diciembre), que prevé ayudas para las personas con discapacidad. Y también la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. En la legislación vigente y en los tratados suscritos por España se abre paso a una concepción de las personas discapacitadas en que prima la igualdad de derechos y la dignidad. Pero estos avances deberían consolidarse con políticas efectivas de ayuda a la gestante que aliviaran las situaciones de conflicto a las que nos venimos refiriendo. Si bien consideramos importante la información aún es más determinante la ayuda efectiva y este es un momento oportuno para ponerla en marcha.

7. VALORACIÓN DEL ARTICULADO DEL ANTEPROYECTO

El Anteproyecto de Ley Orgánica, que plantea una propuesta despenalizadora del aborto sustancialmente distinta de la vigente en estos momentos, está siendo objeto de una intensa controversia ciudadana. El cambio principal consiste en sustituir el sistema de plazos e indicaciones de la ley actual por uno basado en indicaciones. Pero el Anteproyecto no se limita a introducir este cambio sino que incluye otros que tienen también una notable relevancia.

A continuación presentamos una valoración desde la perspectiva ético-jurídica de las novedades normativas más relevantes que propone el Anteproyecto. Para hacerlo, se establecen comparaciones tanto con la ley vigente (que recurre a un sistema mixto de plazos e indicaciones) como con la que reguló el aborto en España entre 1985 y 2010 (que lo hacía en base a un sistema de indicaciones).

7.1. Se suprime la sanción penal para la mujer que aborta

El art. 145,2 y 3 del Código penal vigente establece:

“2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses.

3. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas respectivamente previstas en este artículo en su mitad superior cuando la conducta se llevare a cabo a partir de la vigésimo segunda semana de gestación”.

El Anteproyecto, aunque mantiene el castigo a quien *“indujere a una mujer a producirse su aborto o a consentir que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley”*, expresamente establece que la mujer no será castigada en ningún caso por esa conducta.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto justifica la exclusión de castigo para la mujer por entender que *“la mujer que se enfrenta a la decisión de interrumpir su embarazo es siempre víctima de una situación de grave conflicto personal, y que la imposición de una sanción penal constituye un reproche excesivo que deviene, por ello, injustificable”*. Compartimos la idea de que la mujer que se plantea abortar se encuentra en la mayor parte de los casos sumida en un grave conflicto personal. Por ello, entendemos que aunque el aborto se lleve a cabo fuera de los casos despenalizados por el Anteproyecto, no se castigue a la mujer que lo lleva a cabo. No obstante, esta propuesta suscita ciertos recelos jurídicos:

- a) Podría parecer poco coherente con el espíritu de una norma que pretende la protección de la vida del concebido y los derechos de la mujer embarazada declarar siempre como no punible a la mujer que aborta. Deja la vida del feto sin tutela penal frente a la madre. Si, como dice el Anteproyecto siguiendo la doctrina reiterada por el Tribunal Constitucional, la vida humana dependiente ha de ser protegida incluso con normas penales, puede resultar chocante que la mujer que se cause el aborto fuera de los supuestos en los que esté despenalizado quede exenta de cualquier reproche penal. Esta completa despenalización del aborto con respecto a la mujer no se contempla en ninguna de las legislaciones de nuestro entorno más próximo en términos tan amplios.
- b) No resulta sencillo sostener la constitucionalidad de una ley que excluye por completo cualquier penalización de la mujer ante el aborto. Según la STC 53/1985 la protección que la Constitución dispensa al *nasciturus* implica para el Estado la obligación de *“establecer un sistema legal para la defensa de la*

vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales” (FJ 7). No se puede aducir para justificar la exculpación de la mujer que, en la misma STC, se dice que “las exigencias constitucionales no quedarían incumplidas si el legislador decidiera excluir a la embarazada de entre los sujetos penalmente responsables” porque no lo dice con carácter general sino únicamente para aquellos supuestos en los que la mujer aborte dentro de uno de los supuestos despenalizados pero lo haga en un centro no autorizado para su práctica. Se puede entender que el Tribunal Constitucional acepte que no se castigue a la mujer cuando el aborto voluntario se practica sin que se cumplan algunas de las garantías que no tienen otra finalidad que salvaguardar la vida y la salud de la propia mujer.

- c) Desde el punto de vista del Derecho Penal no es fácilmente admisible la responsabilidad penal del partícipe sin que exista responsabilidad penal en el autor principal (en este caso, la mujer que desencadena o pone en marcha la actuación delictiva). Se justifica la supresión de cualquier pena a la mujer que aborta en la presunción de que actúa movida por una angustia insuperable. Pero, aunque lo más común es que así sea, no siempre lo es.

Es cierto que las razones aducidas no necesariamente comportan una obligación constitucional de que el Derecho Penal castigue a las mujeres que abortan fuera de los supuestos legalmente despenalizados. Es más, se pueden esgrimir argumentos que justifiquen la no punibilidad de la mujer que se somete a un aborto ilícito y que rivalicen con los acabados de exponer:

- a) La protección de cualquier bien jurídico se realiza disponiendo un conjunto de garantías que se estimen suficientes para lograr esa protección. El pre-legislador, en el legítimo margen de discrecionalidad que tiene a la hora de establecer esas garantías, puede concluir que el castigo a la mujer no es una garantía adecuada para proteger la vida del *nasciturus* porque considere que no existe proporción entre el incremento de protección que se consigue sancionando a la mujer con el castigo y el daño moral que supone para la mujer el castigo penal, que no hace sino incrementar y prolongar el drama vivido con el aborto.
- b) Si bien el Tribunal Constitucional ha dicho que la protección de la vida humana, por su carácter fundamental en la Constitución, puede exigir como última garantía el establecimiento de normas penales, en ningún momento dice que la protección constitucional de la vida establecida exija el castigo a la mujer que aborta fuera de la ley.

- c) Por elementales razones de coherencia, cuando el Derecho Penal castiga al partícipe en un hecho delictivo también lo hace al autor principal. Ahora bien, las excepcionales circunstancias que concurren en la mujer en cuanto autora principal del delito de aborto justifican también el trato excepcional de castigar al partícipe y no a la autora principal. En muchas mujeres la decisión de abortar es consecuencia de la angustia producida por una gestación que considera que va a frustrar aspectos esenciales de su vida. Y en la inmensa mayoría de los casos, el aborto supone para la mujer un auténtico drama personal. Ante esta situación, es razonable que el pre-legislador se incline por suprimir un castigo a la mujer, que es improbable que contribuya a disuadirla de su decisión de abortar y que, con toda seguridad, pondrá a la mujer en una situación aún más difícil de desarrollar su proyecto de vida personal.

El pre-legislador se ha inclinado por una opción que se muestra como novedosa en el Derecho comparado (aunque ya recogida, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico polaco) y, tras la ponderación de las razones apuntadas en contra y a favor de esta opción, nos inclinamos a aceptar la razonabilidad de su decisión.

7.2. Se pasa de una regulación mixta del aborto, basada en plazos e indicaciones, a otra basada únicamente en indicaciones

Tanto al presentar el Anteproyecto, como en los debates políticos que se han sucedido desde entonces, se ha insistido en que la nueva propuesta reguladora del aborto enlaza con la que estuvo vigente en España entre 1985 y 2010. Frente a la normativa actual en la materia, que combina el sistema de plazos con el de indicaciones, el Anteproyecto supone una vuelta –aunque con importantes diferencias– al sistema de indicaciones que las Cortes españolas aprobaron en 1985. La diferencia principal estriba en que, de las tres indicaciones que contemplaba la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, el Anteproyecto suprime la llamada indicación eugenésica o embriopática.

A continuación se exponen y valoran las razones por las que se ha suprimido la mencionada indicación. Seguidamente, nos ocuparemos de la regulación que el Anteproyecto hace de las indicaciones llamadas “*ética*” y “*terapéutica*”, especialmente de esta última, que incluye algunas diferencias importantes con respecto a la regulación de 1985.

7.2.1. Se suprime la indicación eugenésica o embriopática

El Comité valora positivamente que el Anteproyecto suprima la discriminación en la valoración de la vida naciente en atención a la posible discapacidad futura del *nasciturus*, tal como ocurre en la legislación vigente. Estamos de acuerdo con la Exposición de Motivos cuando manifiesta que en la legislación protectora de la vida

humana y en la evaluación de los bienes en conflicto en determinados casos debe legislarse *“sin que la Ley pueda condicionar el valor de la vida del nasciturus exclusivamente a la voluntad de la mujer embarazada o a las expectativas sobre la posible discapacidad futura de aquél”*.

Para comprender las razones que conducen a esta toma de posición, en primer lugar haremos mención de la regulación de la indicación eugenésica vigente en España entre 1985 y 2010 así como de la argumentación que en su momento ofreció el Tribunal Constitucional para justificar la constitucionalidad de despenalizar esa indicación. En segundo lugar, aludiremos al actual contexto social con respecto a la atención a la discapacidad. Por último, nos referiremos a la discriminación por razón de capacidad latente en la vigente Ley Orgánica 2/2010.

- a) Entre 1985 y 2010 el art. 417 bis del Código Penal despenalizaba el aborto en tres supuestos: violación, riesgo para a vida o salud de la mujer, y riesgo de malformaciones del feto. Según este último, no se castiga el aborto cuando *“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”*. En el conflicto entre la vida humana con alguna malformación y la libertad de la mujer, el legislador se inclinaba a favor de ésta última.

La STC 53/1985 aceptó la constitucionalidad del aborto eugenésico en base a una argumentación que difícilmente se puede sustentar en el momento presente: *“El número 3 del artículo en cuestión contiene la indicación relativa a la probable existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto. El fundamento de este supuesto, que incluye verdaderos casos límite, se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia. La afirmación anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres a cerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva. Sobre esta base y las consideraciones que antes hemos efectuado en relación a la exigibilidad de la conducta, entendemos que este supuesto no es inconstitucional.*

En relación con él y desde la perspectiva constitucional, hemos de poner de manifiesto la conexión que existe entre el desarrollo del artículo 49 de la Constitución –incluido en el capítulo III, “De los principios rectores de la política social y económica”, del título I, “De los derechos y deberes fundamentales”– y la protección de la vida del nasciturus comprendida en el artículo 15 de la Constitución” En efecto, en la medida en que se avance en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado Social (en la línea iniciada por la Ley de 7 de abril de 1982, relativa a los minusválidos, que incluye a los disminuidos profundos, y disposiciones complementarias) contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización” (FJ 11).

El mencionado art. 49 de la Constitución dice: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. Según el Tribunal Constitucional, la protección de la vida del *nasciturus* establecida en el art. 15 debe ponerse en relación con el artículo 49. De acuerdo este planteamiento, a medida que avance el Estado social –promoviendo políticas asistenciales adecuadas para las familias de personas con alguna discapacidad así como las que hagan posible la igualdad efectiva entre las personas con y sin discapacidad– se evitará la situación que está a la base de la despenalización del aborto eugenésico.

Desde 1985 España ha avanzado significativamente en cuanto a políticas relacionadas con la discapacidad. Es cierto que aún queda mucho por hacer pero no se pueden desconocer los avances alcanzados, que se plasman a nivel normativo en dos leyes importantes en este campo: la ley 51/2003, de 2 diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, y Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. Parafraseando al Tribunal Constitucional, podemos afirmar que ambas normas (junto con el resto de políticas promovidas en el ámbito de la discapacidad) contribuyen de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización del aborto eugenésico.

- b) En las últimas décadas se ha producido un cambio sustancial en el enfoque de la discapacidad y las políticas públicas que debían acompañarla, al pasar de

concebir las desde el llamado modelo médico al modelo social. El modelo médico-individual concebía la discapacidad como un problema que se centraba en las limitaciones funcionales de la persona. La persona discapacitada era un sujeto anormal que, por carecer de determinadas funcionalidades, no podía llevar una vida como las demás personas. La responsabilidad de las instituciones consistía en proteger y tutelar a esas personas. Aunque se articularan mecanismos de asistencia y rehabilitación, la consecuencia inevitable era la separación de las personas discapacitadas de las consideradas normales. Este modelo hacía de la discapacidad una carga difícil de sobrellevar tanto para la persona con discapacidad, que veía cómo quedaba sistemáticamente excluida de todos los ámbitos de la vida social y reducida a la condición de sujeto que debe ser asistido, como para los padres o cuidadores, que vivían con lógica inquietud el futuro de las personas con discapacidad una vez ellos ya no pudieran hacerse cargo de su atención.

El modelo social, por el contrario, considera que el problema no está en la persona discapacitada sino en los factores sociales que generan su exclusión. En la medida en que desaparecen las barreras que impiden a las personas con discapacidad llevar una vida autónoma y tener las mismas oportunidades que el resto de ciudadanos, la discapacidad deja de ser un factor de exclusión. Desde esta perspectiva la responsabilidad de las Administraciones públicas ya no consiste, entonces, en proteger a estas personas sino en identificar y eliminar las barreras que dificultan el ejercicio de sus derechos y el pleno desarrollo de su personalidad. Así entendida, la discapacidad deja de percibirse como una desgracia y se contempla como una manifestación más de la fragilidad humana que no debe impedir, en tanto sea posible, tener una vida plena. Aceptar el aborto por el riesgo de una futura discapacidad supone la regresión a una concepción de la discapacidad anacrónica y, sobre todo, discriminatoria.

En 2011 cinco agencias de Naciones Unidas elaboraron conjuntamente un informe para denunciar la práctica de seleccionar el sexo de las personas que van a nacer mediante abortos selectivos, extendida en muchos países del mundo (cfr. OHCHR, UNFPA, UNICEF, UN Women and WHO, *Preventing gender-biased sex selection. An interagency statement*, Ginebra, 2011). El Informe no rechaza el recurso al aborto con carácter general. Pero entiende que permitir el aborto con la finalidad de que nazcan niños y no niñas es un medio de discriminación por razón del sexo. En defensa de esa práctica se podrá aducir que, en muchas sociedades, si las familias tienen una hija en lugar de un hijo quedan en una situación muy desfavorecida y difícil de sobrellevar. Pero la solución no está en permitir el aborto selectivo sino en

modificar el contexto social que otorga tal preferencia a los hijos varones sobre las mujeres. De la misma manera que resulta inadmisibles que el aborto se convierta en un instrumento de discriminación por razón del sexo, también lo es que se emplee para discriminar por razón de la futura discapacidad.

- c) La vigente Ley Orgánica 2/2010, que permite el aborto libre dentro de las 14 primeras semanas de embarazo, amplía el plazo para abortar en determinados supuestos, que tienen que ver con la indicación eugenésica:

“Artículo 15. Interrupción por causas médicas.

Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

(...)

b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico”.

Entendemos que, puesto que la razón que justifica la despenalización del aborto en los supuestos mencionados es la existencia de una anomalía en el feto, nos encontramos ante una norma discriminatoria, que atenta contra la Constitución española y contra la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y que perpetúa un enfoque inadmisibles de la discapacidad.

España ratificó en 2009 la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2006. En 2011 el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad hizo públicas unas consideraciones sobre el informe presentado por España acerca del grado de cumplimiento de la Convención. Partiendo de una valoración positiva de carácter general, sin embargo reprocha a España el tratamiento que hace de la discapacidad en la regulación vigente sobre el aborto. Sostiene que cada Estado es libre para establecer su propia regulación sobre el aborto, pero

rechaza que una razón para considerar lícito el aborto sea la discapacidad: “17. El Comité toma nota de la Ley Nº 2/2010, de 3 de marzo de 2010, sobre la salud sexual y reproductiva, que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo, permite que se ponga fin al embarazo durante las primeras 14 semanas e incluye dos casos específicos en los que se amplían los plazos para el aborto si el feto tiene una discapacidad: hasta las 22 semanas de gestación cuando exista un “riesgo de graves anomalías en el feto”, y después de 22 semanas de gestación cuando, entre otras cosas, “se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable”. El Comité también toma nota de las explicaciones del mantenimiento de esta distinción dadas por el Estado parte.

El Comité recomienda al Estado parte que suprima la distinción hecha en la Ley Nº 2/2010 en cuanto al plazo dentro del cual la ley permite que se interrumpa un embarazo por motivos de discapacidad exclusivamente”¹.

7.2.2. Se regulan dos supuestos en los que se permite el aborto

Las dos indicaciones en las que el Anteproyecto contempla la despenalización del aborto son las conocidas como indicación terapéutica y ética, ya contempladas en la Ley de 1985. El Anteproyecto las reformula introduciendo algunos cambios relevantes.

7.2.2.1. La indicación terapéutica

El Anteproyecto establece que no existirá delito de aborto cuando sea practicado por un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada que solo pueda resolverse mediante esa intervención, y siempre que se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación. En este supuesto se requiere el informe médico de dos especialistas distintos de quien lo realice e independientes del centro en el que se vaya a llevar a cabo.

Esta propuesta de regulación establece cinco diferencias fundamentales con respecto a la de 1985: se exigen dos informes de especialistas (antes bastaba con uno); los autores de esos informes deben ser independientes del centro en que se practique el aborto (antes no se exigía); el límite máximo para abortar es la semana veintidós de gestación (en la regulación de 1985 no se establecía límite temporal); se exige que el

¹ “17. The Committee takes note of Act 2/2010 of 3 March 2010 on sexual and reproductive health, which decriminalizes voluntary termination of pregnancy, allows pregnancy to be terminated up to 14 weeks and includes two specific cases in which the time limits for abortion are extended if the foetus has a disability: until 22 weeks of gestation, provided there is “a risk of serious anomalies in the foetus”, and beyond week 22 when, inter alia, “an extremely serious and incurable illness is detected in the foetus”. The Committee also notes the explanations provided by the State party for maintaining this distinction.

18. The Committee recommends that the State party abolish the distinction made in Act 2/2010 in the period allowed under law within which a pregnancy can be terminated based solely on disability”. Committee on the Rights of Persons with Disabilities. Sixth session, 19-23 September 2011: Consideration of reports submitted by States parties under article 35 of the Convention.

riesgo para la salud no se pueda solucionar de ninguna otra forma (La ley de 1985 despenalizaba el aborto cuando “*sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada*”. Según el FJ 10 de la STC 53/1985 se considera que el aborto es “*necesario para evitar un grave peligro*” cuando se produce “*una colisión entre la vida del nasciturus y la vida o la salud de la embarazada que no puede solucionarse de ninguna otra forma*”); y, por último, el Anteproyecto trata de objetivar lo que debe entenderse por grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, siguiendo también aquí la doctrina del Tribunal Constitucional, al señalar que existe ese peligro cuando “*el embarazo produzca un menoscabo importante en la salud, con permanencia o duración en el tiempo, según los conocimientos de la ciencia médica de ese momento*” (art. 145 bis,1,a). Estas cinco diferencias son otras tantas garantías para reforzar la protección efectiva del *nasciturus* frente al riesgo de que esta indicación pueda emplearse de manera fraudulenta.

Cuando se aprobó la Ley Orgánica 2/2010 se señaló que uno de los objetivos que pretendía conseguir era la seguridad jurídica en materia de aborto, que unánimemente se reconocía que la regulación hasta entonces vigente no había ofrecido, entre otras razones porque el término “*salud psíquica*” invocado en la Ley de 1985 resultaba notablemente ambiguo. Esa seguridad jurídica, que el Derecho siempre debe ofrecer y especialmente en la rama del Derecho penal, se podía alcanzar de diversos modos. El legislador de 2010 lo hizo permitiendo el aborto sin restricción dentro de un determinado plazo. El pre-legislador pretende hacerlo ahora estableciendo nuevas garantías sobre las existentes en el sistema de indicaciones de 1985. A la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia (minuciosamente establecida en la STC 53/1985 y reiterada en las SSTC 212/1996 y 116/1999) y sin perjuicio de lo que, en su caso, resuelva ante el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 2/2010, parece más conforme a la Constitución Española buscar la seguridad jurídica en esta materia acudiendo a un sistema de indicaciones bien perfilado, que no dejando sin protección alguna al *nasciturus* durante las primeras semanas de su vida.

Con las nuevas exigencias incorporadas al Anteproyecto se avanza en esa dirección. Ahora bien, parece oportuno establecer mecanismos (como el propuesto infra. en el epígrafe 5) que contribuyan a garantizar cierta homogeneidad a la hora de reconocer cuándo el embarazo produce un menoscabo importante en la salud, con permanencia o duración en el tiempo. De esta manera se asegura la igualdad de trato entre las embarazadas que solicitan abortar por problemas de salud y se reduce el riesgo de comisión de abortos fraudulentos.

Dentro de la indicación terapéutica, el Anteproyecto regula tres situaciones particulares. En primer lugar, aquella en la que el problema grave para la salud psíquica de la mujer tiene su origen en la existencia en el feto de una anomalía incompatible con la vida. En este caso, la ley sigue exigiendo dos informes médicos: uno de ellos sobre el estado de salud de la mujer y el otro sobre la existencia de una anomalía en el feto incompatible con su vida.

En segundo lugar, contempla la posibilidad de que la anomalía incompatible con la vida se haya detectado después de la semana 22, en cuyo caso el aborto queda sin sanción siempre que se cumplan las mismas condiciones: la existencia del informe sobre el diagnóstico del *nasciturus* y otro de un especialista en la patología que padezca la embarazada.

En tercer lugar, se permite el aborto en el caso de que la continuación del embarazo a partir de la semana 22 suponga un riesgo vital para la mujer, siempre que ese riesgo no se pueda evitar mediante la inducción del parto. Esta determinación del pre-legislador pone en manos del buen hacer médico el objetivo de salvaguardar la vida de la mujer y, en la medida de lo posible, también la del *nasciturus*.

7.2.2.2. La indicación ética

El Anteproyecto establece que tampoco será delito el aborto cuando el embarazo sea consecuencia de un delito contra la libertad o indemnidad sexual. Al igual que establecía la regulación de 1985, también aquí se exige que haya una denuncia previa y que el aborto se practique dentro de las 12 primeras semanas de embarazo.

7.3. Se da una nueva regulación a las condiciones para el aborto de las menores

Uno de los puntos que mayor controversia ciudadana suscitó la tramitación de la Ley Orgánica 2/2010 fue el relativo al consentimiento de las mujeres menores de edad pero ya con 16 o 17 años. El art. 13 de la ley establece lo siguiente:

“Cuarto.- En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad.

Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer.

Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia

intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo”.

Esta disposición permite a mujeres menores de edad abortar sin que sus padres o representantes tengan conocimiento de la intervención, siempre que el médico responsable de la intervención estime que tal información expondrá a la menor a una situación de violencia o desamparo. Se pone en manos del médico la decisión sobre una cuestión para la que carece de la competencia específica: valorar si informar a los padres (o a sus representantes legales) acerca del aborto de su hija será mucho peor para ella que omitir esa información.

El Anteproyecto modifica la regulación vigente en este punto para evitar tanto que los médicos tengan que decidir sobre una materia que no les corresponde, como para que el aborto de las menores sin el conocimiento de sus padres se mantenga como una alternativa excepcional, cuando realmente no exista otra menos mala.

Para alcanzar esos objetivos, el Anteproyecto añade a la Ley de Enjuiciamiento Civil el Capítulo III bis, dentro del Título I del Libro IV, integrado únicamente por el art. 768 bis. En él se regula un nuevo proceso para determinar la validez y suficiencia del consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo de la mujer menor de edad o con capacidad judicialmente complementada. Este proceso únicamente se activa cuando concurren serios motivos que impidan o desaconsejen que se consulte a los representantes legales de la mujer o cuando, habiendo sido interpelados, nieguen su consentimiento o asentimiento, o expresen opiniones distintas.

En este proceso el juez resuelve si la mujer puede abortar sin el consentimiento o incluso sin el conocimiento de sus representantes. Para ello deberá celebrar una comparecencia con la mujer y con todos los interesados, así como con el Ministerio Fiscal. Este actuará en todo caso como parte en el proceso. Deberá también actuar como representante de la mujer en aquellos casos en los que ninguno de sus representantes legales coincida con ella en cuanto al consentimiento.

Mediante este proceso el Anteproyecto logra tres mejoras sustantivas sobre el marco regulatorio actual:

- a) Traslada de la sede clínica a la judicial la decisión sobre la validez y suficiencia del consentimiento en los casos de abortos de menores de edad de 16 o 17 años o mayores de edad sujetas a tutela o curatela.
- b) Establece las garantías jurídicas pertinentes para lograr dos efectos relevantes: que la voluntad contraria de los representantes legales de la embarazada a un aborto legal no obstruya su realización; y que el natural

temor de algunas de las menores que deciden abortar ante la eventual reacción negativa de sus representantes no dé pie a abortos ocultos a los ojos de quienes realmente les pueden ayudar en ese trance.

- c) Se ofrece una regulación completa de las situaciones en las que el consentimiento de la mujer debe ser completado o sustituido, mientras que la ley vigente solo se ocupa de la situación de la menor de edad de 16 o más años.

7.4. Acciones en materia de educación para la salud sexual y reproductiva, y de planificación familiar

El Anteproyecto mantiene las políticas en materia de educación para la salud sexual y reproductiva que las administraciones sanitarias vienen desarrollando en España desde hace más de veinte años.

Más allá de la diversidad de pareceres existentes en una sociedad plural como la nuestra acerca de la regulación más adecuada del aborto voluntario, existe un sentir unánime acerca de la conveniencia de desarrollar políticas que contribuyan a reducir el número de abortos. La educación es el recurso más importante para lograrlo y, en este sentido, es positivo que el Anteproyecto se refiera a las políticas dirigidas a promover la educación en esta concreta y tan relevante área de salud.

Sería deseable que se promoviera un amplio debate ciudadano sobre la necesidad de educar en este ámbito, desde el respeto a las distintas concepciones acerca de cómo debe configurarse la educación afectivo-sexual, lo que traería consigo tres efectos positivos. Primero, serviría para advertir de la importancia social de esta cuestión y de que no existe un modelo único de educación afectivo-sexual sino una diversidad de propuestas dentro del marco constitucional. Segundo, se incrementaría la libertad de elección de los ciudadanos en general, y de los jóvenes en particular, al reconocer que existen distintos modelos de educación afectivo-sexual. Tercero, se podría alcanzar un mayor acuerdo acerca de los aspectos que en todo caso deben estar presentes en cualquier programa de educación afectivo-sexual.

7.5. Acciones en materia de información y asesoramiento para resolver posibles conflictos originados o agravados por el embarazo

El embarazo supone un cambio en el estado de la mujer de enorme trascendencia, que en muchas ocasiones es fuente de alegría, pero en no pocas puede serlo también de importantes problemas sanitarios, laborales, sociales y asistenciales, como señala el Anteproyecto. Si se reconoce que todo nuevo ser humano no solo es un bien en sí mismo sino también para la sociedad, es de justicia que no sea la mujer en solitario quien tenga que afrontar todas las dificultades que puede traer consigo la gestación.

La sociedad tiene un deber prioritario de ayuda a la maternidad, y en particular a aquellas mujeres cuya maternidad pueda resultar fuente de conflictos o de graves dificultades. En este sentido, el nuevo art. 7º ter. de la Ley General de Sanidad tal como es propuesto en el Anteproyecto es tan necesario como insuficiente. Por supuesto que se debe informar a la embarazada de los derechos que la asisten y de las prestaciones que las administraciones públicas ponen a su disposición. Pero no basta con eso porque las prestaciones de apoyo a la maternidad existentes en la actualidad son notoriamente insuficientes.

No son pocos los casos en los que el embarazo desencadena problemas socio-económicos para la mujer de tal envergadura que le resultan imposibles de manejar y ante los cuales no ve más alternativa que el aborto. Para evitar esas situaciones es imprescindible que el Anteproyecto incluya medidas concretas de carácter económico y asistencial. Solo así se pondrá verdaderamente de manifiesto que la llegada al mundo de un nuevo hijo constituye un bien social de primera magnitud y que la ley responde a su doble objetivo de proteger la vida del concebido y los derechos de la mujer embarazada.

Es cierto que, en un contexto de particular escasez de recursos públicos como el actual, puede resultar difícil aprobar una norma que atienda debidamente la diversidad de dificultades socio-económicas en las que puede encontrarse la mujer embarazada. En cualquier caso, los poderes públicos deberían asumir la obligación de elaborar y aprobar una ley de apoyo integral a la maternidad, similar a la Ley Orgánica de igualdad, en la que se proclamara de manera explícita el valor social de la maternidad, así como un conjunto de ayudas, en unos casos de nueva creación y en otros revisando las existentes adecuándolas a las necesidades actuales.

7.6. Asesoramiento e información clínica a la mujer que se va a someter a un aborto legal

El Anteproyecto establece que antes de someterse al aborto en alguno de los casos en los que está despenalizado, la mujer reciba asesoramiento asistencial dirigido a resolver los conflictos originados por el embarazo y obtenga una adecuada información clínica.

7.6.1. Asesoramiento asistencial

La regulación de este asesoramiento resulta adecuada en algunos aspectos: ha de ser personal, adaptado a la persona que lo recibe y verbal (sin perjuicio de que se extienda posteriormente certificado del mismo); se puede prescindir cuando existe riesgo vital; y debe ser llevado a cabo por profesionales no vinculados al centro en que se vaya a realizar el aborto.

Ahora bien, surgen dudas sobre tres aspectos fundamentales: (a) qué se pretende con el asesoramiento; (b) quién lo debe llevar a cabo; y (c) sobre qué extremos se debe asesorar.

- a) ¿Qué se pretende alcanzar con el asesoramiento asistencial? Según el propio Anteproyecto, su objetivo es proteger *“la vida, tanto de la mujer como del no nacido, así como el buen desarrollo del embarazo y la resolución de conflictos”*. Éste se lleva a cabo en un momento extraordinariamente delicado para la mujer embarazada: cuando ya ha manifestado su deseo de someterse a un aborto legal, bien porque parece que su salud física o psíquica corre peligro, o bien porque el embarazo ha sido resultado de una agresión sexual.

Se trata, pues, de una actuación complicada pues pretende mostrar a la mujer la plausibilidad de otras opciones distintas del aborto cuando concurren en ella circunstancias que lo convierten en una práctica despenalizada. Este asesoramiento no puede tratarse, en ningún caso, de una acción coactiva dirigida a impedir que aborte, sino de una información que le presente otros caminos para resolver el problema que le ha traído consigo el embarazo para que ella los pueda considerar.

- b) ¿Quién debe realizar el asesoramiento? Solo si el asesoramiento asistencial es realizado por personas cualificadas para ello se evitarán los dos riesgos en los que fácilmente se puede incurrir con su práctica: bien convertirlo en un trámite burocrático más o bien hacer de él una intervención que violente a la mujer sin proporcionarle una ayuda efectiva. Para ofrecer un asesoramiento valioso para la mujer, cualesquiera sean las circunstancias en las que se encuentre, es imprescindible considerar simultáneamente tres perspectivas: la médica, la psicológica y la social. De ahí que sea conveniente que ese asesoramiento sea prestado por equipos multidisciplinares y no sólo por los médicos que certifiquen el problema de salud de la mujer.

Sería deseable que la futura ley encomendara esta labor de asesoramiento asistencial a Unidades Multidisciplinares de Asesoramiento ante el Embarazo en Situaciones de Conflicto, creadas en el seno de la sanidad pública o acreditadas por ella. Estas podrían encargarse también de emitir, en su caso, el correspondiente certificado médico previo al aborto por razones de salud. Así se lograría dar seguridad a estos trámites y ofrecer un asesoramiento asistencial con unos criterios más o menos homogéneos y con un nivel adecuado de competencia.

La puesta en marcha de estas unidades facilitaría el establecimiento de unos criterios consensuados a la hora de valorar los problemas de salud psíquica

asociados al embarazo y contribuiría a proporcionar un asesoramiento asistencial idóneo.

- c) ¿Sobré que se debe asesorar? El Anteproyecto menciona los siguientes aspectos: información sobre el valor constitucional de la vida del no nacido; orientación sobre el modo de resolver los problemas que el embarazo haya generado a la mujer; informaciones sobre las alternativas al aborto ofrecidas por el ordenamiento jurídico español; y posibilidades excepcionales de intervención directa por parte de la Administración. Por la ambigüedad en la que está formulado este último aspecto sería conveniente que el pre-legislador enunciara lo que quiere prescribir en términos más claros.

7.6.2. Información clínica

A diferencia de lo que sucede cuando regula el asesoramiento asistencial, el Anteproyecto es más preciso a la hora de determinar quiénes los son responsables de proporcionar la información clínica: los mismos que emitan el informe requerido para realizar la interrupción voluntaria del embarazo por una indicación de salud (artículo primero del Anteproyecto). Ahora bien, no está claro que los profesionales más idóneos para informar sobre los riesgos del aborto sean los capacitados para determinar si la mujer padece o no problemas de salud psicológica que solo con el aborto se puedan resolver.

Según el Anteproyecto la información clínica deberá centrarse en dos puntos: los riesgos del aborto para la mujer y *“los aspectos médicos y psicosociales derivados del diagnóstico realizado sobre la salud de la mujer y del feto, en su caso, así como de las expectativas del desarrollo de la vida del niño. En la medida que fuera necesario podrán intervenir otros profesionales o especialistas”*. Este segundo aspecto resulta de oscura interpretación. En todo caso, llama la atención que se exija informar acerca de *“las expectativas de desarrollo de la vida del niño”*. Desde luego esa información carece de relevancia a los efectos del aborto porque el Anteproyecto no contempla el aborto por riesgos para la salud del feto. Si con ella lo que se pretende es mostrar a la mujer las posibilidades de desarrollo que tiene el hijo aquejado de problemas de salud que está gestando, entonces parece más pertinente incluir esa información en el contexto del asesoramiento asistencial.

A la vista de lo dispuesto en este artículo, y del conjunto de requisitos establecidos por el Anteproyecto para realizar un aborto legal por razones de salud, se exige a la mujer que consiga cuatro documentos: los dos informes médicos que acrediten el problema de salud que motiva el aborto; el certificado de haber recibido el asesoramiento asistencial; y el certificado de haber recibido la información clínica. Para no convertir este proceso en una carrera de obstáculos, para reducir la

incertidumbre que genera la participación de tantos profesionales (y no siempre específicamente cualificados para lo que se les requiere), y para conseguir que esos documentos constituyan verdaderas garantías de protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer, sería muy recomendable que fuera la Administración sanitaria la que se hiciera cargo de esas labores de asesoramiento, información y certificación. Podría hacerlo de forma directa a través de unidades constituidas al efecto e integradas por equipos multidisciplinares adecuadamente formados para desarrollar esa responsabilidad o bien de forma indirecta mediante equipos acreditados por la Administración sanitaria. Son las que hemos denominado Unidades Multidisciplinares de Asesoramiento ante el Embarazo en Situaciones de Conflicto.

Con carácter general, el Anteproyecto dispone que la mujer no podrá prestar su consentimiento para interrumpir el embarazo hasta transcurridos siete días desde la recepción del asesoramiento asistencial y la información clínica. Habida cuenta de la trascendencia de la intervención a la que se someterá parece razonable que el Anteproyecto establezca un plazo para que la mujer pueda ponderar la información recibida junto con las circunstancias en las que se encuentra antes de tomar la decisión sobre la terminación de su embarazo.

7.7. La prestación sanitaria del aborto legal forma parte de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud

El Anteproyecto introduce un apartado 3º en el art. 8 bis de la *Ley 16/2003 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud* en el que se afirma que los abortos realizados dentro de los supuestos despenalizados forman parte de la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud. Este cambio normativo no supone ninguna modificación sustancial respecto de la situación actual en la medida en que estas intervenciones forman parte de la cartera común de servicios desde hace muchos años. Ya antes de la Ley Orgánica 2/2010 estaba contemplada en el *Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización*.

7.8. Regulación de la objeción de conciencia al aborto

Aunque la STC 53/1985 ya reconoció el derecho de los profesionales sanitarios a la objeción de conciencia al aborto (FJ 14), fue la Ley Orgánica 2/2010 la que por primera vez reguló el ejercicio de este derecho en su at. 19.2. Se trata de un derecho fundamental reconocido directamente por la Constitución y no de un mero derecho legal. La propuesta de regulación de la objeción de conciencia contenida en el Anteproyecto continúa en la línea ya apuntada por la Ley Orgánica 2/2010, pero introduce algunos cambios y novedades relevantes:

- a) *Aclara el alcance subjetivo de la objeción de conciencia.* La Ley Orgánica 2/2010, reconoce el derecho a la objeción a los profesionales sanitarios “directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo” mientras que el Anteproyecto habla del derecho de los profesionales sanitarios de “inhibirse de cualquier participación o colaboración en la interrupción voluntaria del embarazo”. A pesar de los intentos de algunos servicios autonómicos de salud por restringir el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia al aborto a los profesionales que lo llevan directamente a cabo, los jueces han dejado claro que la Administración pública carece de la competencia para hacerlo.

La previsión de la Ley Orgánica 2/2010 actualmente vigente debe interpretarse en un sentido amplio y no restrictivo, teniendo en cuenta que la ley no habla de “ejecución” sino de “implicación” en la interrupción del embarazo. Por consiguiente, no solo quienes ejecutan la intervención quirúrgica de aborto (cirujanos, anestesistas, enfermeras) pueden invocar su derecho a la objeción por experimentar un conflicto de conciencia; también quien realiza una función informativa resulta directamente implicado en el aborto, cuando la información dada esté contemplada por la ley como un requisito previo ineludible. En definitiva, el término “directamente implicado” debe incluir a todos aquellos que tienen una conexión orgánica y funcional (sea cual sea esa función) con el servicio en el que el aborto se realiza.

El nuevo texto del Anteproyecto trata de ofrecer una redacción que no deje lugar a dudas sobre el derecho de cualquier profesional sanitario que tenga que colaborar en un aborto a ejercer la objeción de conciencia.

- b) *Establece un procedimiento para manifestar la condición de objetor.* Desde el momento en que Estado despenaliza el aborto en ciertos supuestos y garantiza a las mujeres que se encuentran en ellos la prestación del aborto, es lógico que necesite conocer quiénes son objetores para tratar de organizar los servicios con los recursos humanos disponibles. Ahora bien, el procedimiento que se establece en el Anteproyecto supone una doble restricción, que no se compadece con el alcance del derecho a la objeción de conciencia. Por un lado, se exige que en la semana siguiente a la incorporación al servicio el profesional comunique su voluntad de ejercer la objeción de conciencia. ¿Tiene sentido que quien se decide a objetar al mes de incorporarse a un servicio, tras haber conocido de primera mano y con detalle lo que en él se hace, no pueda hacerlo o sea sancionado por no haberlo hecho dentro del plazo legal establecido? Por otro lado, contempla que el objetor pueda dejar de serlo pero no menciona la posibilidad de la objeción de conciencia

sobrevenida. Este supuesto, cuando se produce, puede generar conflictos importantes si no se prevé con antelación el modo de actuar.

Si el Anteproyecto considera que para facilitar la buena organización de los servicios en que pueda haber objetores es necesario establecer un plazo dentro del cual se habrá de comunicar la condición de objetor al aborto, sería conveniente ampliar el propuesto actualmente por Anteproyecto. La ley italiana, que establece un mes desde la incorporación del profesional, constituye una referencia aceptable.

En todo caso, como se viene diciendo, el legislador no puede desconocer ni impedir la posibilidad de la objeción sobrevenida. Por eso, de la misma forma que el Anteproyecto prevé que un objetor pueda dejar de serlo, también debería prever que el profesional no objetor pueda pasar a serlo en cualquier momento.

Más allá de la concreta regulación de la objeción de conciencia al aborto, es importante dejar claros los siguientes extremos en esta materia: que la objeción de conciencia es una manifestación del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa; que los servicios en los que se realizan abortos deben organizarse de forma que sea posible el ejercicio de la objeción de conciencia para quienes trabajan en ellos; que corresponde a la Administración sanitaria articular, en su caso, los mecanismos necesarios para que la prestación del aborto se realice independientemente del número de objetores que se declaren en un determinado centro o servicio; que los objetores no deben ser estigmatizados por ejercer su derecho; y que los objetores deben ser coherentes con su objeción al aborto en todo su ejercicio profesional.

7.9. Prohibición de la publicidad sobre la prestación de la interrupción voluntaria del embarazo

La interrupción voluntaria del embarazo en aquellos supuestos en que está despenalizada forma parte de la cartera básica de servicios del Sistema Nacional de Sanidad. Por tanto, queda garantizada por la Administración sanitaria la prestación del aborto en esos casos y cualquier mujer que se encuentre en esa situación podrá acceder a tal servicio. No es necesario, por tanto, hacer publicidad de unas prácticas que con carácter general son ilícitas y que, cuando están despenalizadas, su realización está cubierta por el Estado.

8. RECOMENDACIONES

El Comité se ha referido en este Informe, exclusivamente, a los aspectos relacionados con el contenido del Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada, absteniéndose de realizar

consideraciones generales sobre el aborto.

Se ha analizado el citado Anteproyecto atendiendo, en primer lugar, al cambio de modelo que propone y que supone la sustitución del actual de carácter mixto –plazos e indicaciones–, por otro exclusivamente de indicaciones. Y en segundo lugar se ha llevado a cabo una revisión de los principales aspectos recogidos en el articulado del Anteproyecto sobre los cuales cabe hacer una valoración desde la bioética.

Sobre la base de la valoración del Anteproyecto realizada en los párrafos anteriores, el Comité acuerda recoger las siguientes recomendaciones:

1. Esta reforma ha creado un gran debate público al referirse a un tema de interés social general. Parece necesario reclamar a la sociedad y especialmente a los responsables políticos, que aborden este debate con serenidad y realismo, utilizando para ello las aportaciones que proceden, entre otros ámbitos, de la ciencia, la bioética, el derecho y la economía.
2. La despenalización del aborto en los supuestos recogidos en el Anteproyecto, no debe ser entendida como una finalidad en sí misma. Es sólo un instrumento más de los muchos que hace falta poner en marcha, para ayudar a resolver un problema social de gran magnitud, –más de 100.000 abortos cada año– que en muchos casos se habrían podido evitar si se hubieran ofrecido a sus madres las ayudas necesarias para ello.

Como se desprende del Informe, el camino más adecuado para afrontar el aborto, desde una perspectiva constitucional, es el de la regulación de unas indicaciones mediante la despenalización del aborto en determinados supuestos, que siempre recojan la existencia de un conflicto. La realidad social es muy compleja y tratar de recoger en una norma toda la casuística es una labor imposible y sobre la que resulta difícil alcanzar un consenso total. Las causas que pueden llevar a una mujer a tomar la decisión de interrumpir de manera definitiva su embarazo son muchas y de naturaleza muy diversa y pueden estar relacionadas con: la salud del *nasciturus* y de la madre; con circunstancias sociales e incluso económicas; con la falta de aceptación familiar o social del embarazo; o con el miedo al sufrimiento, o a la pérdida de empleo, entre otras. Muchas de estas causas dejarían de serlo si se pusieran en marcha los instrumentos necesarios para dar cobertura a las necesidades de estas mujeres, ofreciéndoles todos los recursos necesarios –no sólo de naturaleza económica– para continuar su embarazo.

3. La experiencia de aplicación de la primera legislación despenalizadora, basada en el sistema de indicaciones, así como de la legislación actualmente vigente, sugiere que se puede dar una alteración del tenor literal de la ley, provocando un aumento

en el número de abortos. Así lo han señalado órganos consultivos del Estado. Por ello, es fundamental que tanto los poderes del Estado como los diferentes agentes públicos, velen por una aplicación rigurosa de la norma. Igualmente deberían realizarse estudios sobre la evolución en la aplicación de la Ley que permitan realizar una valoración para garantizar los objetivos de protección de la vida y salud de la madre, de la vida prenatal y de la seguridad jurídica de los profesionales implicados.

4. El objetivo del Anteproyecto está claramente identificado y ya desde su título se refiere a la protección de la vida del no nacido y de la mujer embarazada.

Esto exige a la sociedad en general y a todas las Administraciones Públicas, prestar una atención especial a las mujeres embarazadas. El Anteproyecto sólo podrá dar los resultados que se esperan –reducción en el número de abortos– si se elabora y pone en marcha, una política explícita de apoyo a la maternidad, que debería quedar reflejada en las políticas del Gobierno, así como en las que se llevan a cabo en todos los niveles de las Administraciones Públicas. Estas medidas deberán ofrecerles apoyo y protección entre otros ámbitos, en los relacionados con: la salud, la prestación de servicios, el funcionamiento del mercado de trabajo, la vivienda y la ayuda económica. De esta forma también se logrará que las mujeres, que ya son objeto de importantes desigualdades, no tengan que sufrir una nueva discriminación por el hecho de querer ser madres y se vean obligadas a tener que renunciar a ello, simplemente por condicionantes sociales y/o económicos.

5. Si el Estado puede y debe desarrollar actividades en interés de la protección de la vida del no nacido, ello conlleva, además de las ayudas anteriores y en los casos en que fuera necesario, la necesidad de asumir la tutela y protección efectiva de los neonatos. Igualmente, en el caso de mujeres que decidan continuar con el embarazo, el Estado tendrá la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la vida en desarrollo y la vida postnatal del individuo se lleve a cabo como corresponde a la dignidad que le confiere su carácter de ser humano. Esto obligaría al Estado a revisar la Cartera de Servicios para estos fines.
6. La puesta en marcha de estas medidas de apoyo y protección exigen recursos públicos, y lo hacen en un momento en el que el objetivo político prioritario es lograr el equilibrio presupuestario. Esto puede ser un dato a tener en cuenta, pero nunca un motivo suficiente para no ponerlas en marcha ya que están en juego muchas vidas. Por ello resulta necesario reordenar las prioridades políticas, lo que tendrá efectos inmediatos sobre los recursos asignados en los Presupuestos Generales del Estado a estas medidas. Es preciso reclamar al ejecutivo

coherencia entre las normas y sus objetivos, destinando los recursos económicos necesarios para alcanzarlos.

7. Hay que arbitrar mecanismos que permitan ofrecer a las mujeres una información lo más completa posible sobre la situación que están viviendo y sobre las alternativas para solucionar el conflicto que les ha creado su embarazo. Es evidente que una buena relación médico-paciente debe basarse en el respeto a la autonomía moral y libertad de decisión de las personas a quienes se informa, pero también es importante recordar que la información es vital para la toma de las decisiones del paciente y en ella se debe reconocer la naturaleza humana de la vida del concebido. Para ello es necesario utilizar toda la información médica de que se dispone para el diagnóstico, con el objeto de ayudar a la madre a decidir en libertad sobre continuar o no con su embarazo.
8. Igualmente la regulación del asesoramiento recogida en el anteproyecto resulta adecuada, pero podría ser conveniente establecer con más precisión algunos aspectos de la misma como por ejemplo quién debe llevarlo a cabo. Debería prestarse por equipos multidisciplinares ya que exige ofrecer información desde la perspectiva médica, psicológica y social. Como se propone en el informe, esto podría llevarse a cabo a través de las *Unidades Multidisciplinares de Asesoramiento ante Embarazos en Situaciones de Conflicto*, creadas en la sanidad pública o acreditadas por ella, utilizando, en su caso, la colaboración público-privada para su puesta en marcha.
9. La información y el apoyo a las mujeres que deciden interrumpir definitivamente su embarazo, no debe terminar en el momento en que éste se produzca, sino que debe ir más allá. La realidad demuestra que estas mujeres, como ellas mismas manifiestan en muchos casos, pueden necesitar apoyo psicológico para superar las consecuencias de una decisión que en muchos casos no hubieran querido tomar.
10. Se recomienda que, en el caso de abortos inducidos tras el diagnóstico de una enfermedad del feto incompatible con la vida, se lleve a cabo un estudio histopatológico del feto a fin de establecer un correcto asesoramiento reproductivo ulterior, que ayudaría a prevenir futuros problemas en nuevos embarazos.
11. Respecto al tratamiento del consentimiento de los menores, si bien parece positivo, el Anteproyecto establece un complejo y en ocasiones confuso mecanismo para recabar el consentimiento o asentimiento de sus padres o tutor o, en su defecto, de la autoridad judicial. Por ello, sería conveniente revisar el texto, con el objeto de clarificar los supuestos en los que debe producirse la intervención judicial.

9. ANEXOS: VOTOS PARTICULARES

9.1. Anexo 1: Voto particular D. Federico de Montalvo Jääskeläinen, D. Carlos Alonso Bedate y D. Manuel de los Reyes López

VOTO PARTICULAR que formulan los miembros del Comité de Bioética de España - **Don Federico de Montalvo Jääskeläinen, Don Carlos Alonso Bedate y Don Manuel de los Reyes López**- al Informe final del citado Comité aprobado por mayoría, en relación con el '*Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada*', con el fin de que se incorpore como Anexo al mencionado documento.

Con el pleno respeto que nos merece la opinión de la mayoría, y con independencia de la fórmula a través de la cual se ha expresado nuestro voto personal al Informe, mostramos nuestra concordancia o discrepancia respecto a varios aspectos del mismo y planteamos diversas consideraciones, todo ello en aras del mejor interés y servicio público.

1. Sobre el cambio de un modelo mixto a un modelo de indicaciones

Coincidimos con lo expresado por la mayoría en los primeros apartados del Informe en lo que se refiere a la oportunidad que ofrece el Anteproyecto al sustituir un modelo de regulación del aborto en el que se reconoce, aunque sea tácitamente, el derecho de la mujer a poner fin al embarazo por un modelo asentado en las denominadas indicaciones o supuestos, es decir, en la concurrencia de un conflicto entre los derechos de la mujer y la vida del *nasciturus*.

Las palabras del Tribunal Constitucional cuando señala con acierto que "*el vínculo natural del nasciturus con la madre fundamenta una relación de especial naturaleza de la que no hay paralelo en ningún otro comportamiento social*", expresan lo que se muestra como la relación más profunda entre dos seres humanos y que, por tanto, debe ser objeto de una protección reforzada, sin suponer un reconocimiento de facultad alguna de disposición sobre el feto, sino, antes al contrario.

Este cambio en la propia naturaleza del modelo creemos que es positivo, porque es el que juzgamos se ajusta mejor a la configuración del derecho a la vida conforme se deduce, tanto del artículo 15 de la Constitución como de la interpretación que del mismo ha efectuado el Tribunal Constitucional en su doctrina unánime (véase, especialmente, la Sentencia 53/1985 y también las más recientes Sentencias 212/1996 y 116/1999).

Como acertadamente se recoge en el Informe, aunque el *nasciturus* no fuera titular del derecho a la vida, su vida sí constituiría un valor que debe ser protegido por el

Estado, reconociendo, por tanto, nuestro Tribunal la dimensión objetiva de la vida, como valor compartido y superior del ordenamiento constitucional, más allá de una mera dimensión subjetiva.

Además, este modelo basado en las indicaciones no olvida que en el contexto del embarazo se aprecia siempre la presencia de un tercero distinto de la madre que, como tal, debe ser protegido jurídicamente, no pudiendo quedar al libre arbitrio de las decisiones de la madre en ninguna de las fases del embarazo. La presunta libertad de la madre no puede ser proclamada sin ambages, al afectar a un tercero o, al menos, a un valor como es la vida distinto de los derechos, valores e intereses de la propia embarazada.

Por tanto nuestro voto particular, como desarrollaremos a continuación, viene referido no al cambio de un modelo mixto -como el consagrado en la Ley Orgánica 2/2010- por un modelo de indicaciones, lo que valoramos positivamente, sino al modelo específico de indicaciones que permitirían a la mujer acogerse a la interrupción voluntaria del embarazo.

2. Sobre la realidad social del aborto y la fórmula para afrontarla

Los principios y valores que quedan consagrados bajo un modelo de indicaciones no nos deben hacer olvidar que la realidad social debe ser también atendida por la decisión jurídica. El aborto no espontáneo es un problema social en España. El número de abortos declarados en el año 2012 superó los 118.000 y casi un 15% de ellos fueron realizados en adolescentes. Estos datos nos van a permitir hacer una serie de consideraciones detalladas que, acaso, no resuelvan la incertidumbre en ciertos puntos controvertidos pero pretenden orientar la discusión sobre un tema extraordinariamente delicado. Sin duda alguna partimos de una premisa: el debate sobre el aborto surge de la discrepancia sobre 'hechos' y sobre 'valores'. Por esa misma razón es tan difícil regular con precisión jurídica la finalización voluntaria de la gestación, aun afirmando con rotundidad la exigencia ético-jurídica de proteger la vida del feto considerando los diversos contextos y conflictos de valores.

En nuestra sociedad hay pluralidad de juicios morales y éticos sobre la interrupción voluntaria del embarazo que dependen, en gran medida, de paradigmas científicos, filosóficos, jurídicos y religiosos, ya sea en torno al valor que se da a las distintas etapas del desarrollo embrionario humano o al ejercicio de la libertad de la mujer embarazada. En ese sentido, un informe sobre este Anteproyecto de Ley debe proporcionar vías de reflexión para solucionar de la mejor manera posible un constatado conflicto de situaciones: la vida y dignidad del *nasciturus*, y la vida y dignidad de la mujer embarazada. Independiente del juicio moral que haya que atribuir al acto de la interrupción voluntaria del embarazo, hay que afirmar que el valor de

toda vida y en particular el valor de la vida humana en gestación se ha de proteger y defender adecuadamente.

Por ello, la legislación siempre debiera tener en cuenta tres aspectos: garantizar la protección de todos los bienes jurídicos en cuestión, favorecer el bien posible y reducir el mal menor que es, a veces, inevitable.

No podemos abocar al *nasciturus* a una fragilidad y vulnerabilidad tal que su desarrollo como proyecto único de vida dependa de un tercero, aun cuando ese tercero sea su madre, pero tampoco podemos abocar a la embarazada a situaciones de exclusión, discriminación o temor. La solución punitiva es la *ultima ratio*, debiendo avanzar hacia soluciones que tomen en consideración tanto dichos principios y valores éticos como el contexto social en que éstos se implantan bajo el peso coercitivo de la norma.

Es cierto que la dignidad tiene que ver con el carácter personal de los seres humanos, por lo que ser persona es condición necesaria para poder tener dignidad, pero también se puede hablar de una dignidad que podemos y debemos atribuir razonablemente a quienes no se pueda aún atribuir el término persona en su sentido más específico, por ejemplo el *nasciturus*. De hecho, tendremos una obligación moral hacia él tanto o más fuerte que la debida a las personas, pero esa obligación no será tanto de respeto sino de protección, porque no cabe duda alguna de que se trata de 'un bien': Una vida humana tan intrínsecamente relacionada y cercana a la persona que debemos protegerla como un bien precioso. Así, el estatuto especial del *nasciturus*, único y exclusivo de esta entidad tan particular y valiosa, exige un recto y responsable ejercicio de equidad, prudencia, deliberación sosegada y de auténtica sabiduría práctica.

Por ello, creemos que la solución legal que ha de merecer el fenómeno del aborto, por muy claros que estén los principios y valores éticos, por muy clara que resulte la necesaria protección de la dignidad del *nasciturus* como valor en sí mismo, no debe olvidar los efectos que la incorporación de la correspondiente norma jurídica puede provocar en una compleja y difícil realidad social, en la que existen opiniones contradictorias.

Además, si la lucha contra el aborto no se ha logrado ni con el modelo legal implantado en 1985 ni con el posterior de 2010, sino que, antes al contrario, el número de abortos que oficialmente se producen en España sigue mostrando unas cifras desorbitadas, no creemos tampoco que se avance mucho en la lucha contra el aborto y la disminución de su número con el concreto modelo de indicaciones que pretende instaurar el Anteproyecto.

La realidad social, en lo que se refiere a la percepción sobre los dilemas morales que plantea el aborto, nos ofrece un panorama que no parece fácilmente resoluble en el corto plazo, debiéndose, a nuestro parecer, apostar por actitudes éticas y fórmulas jurídicas en las que la información y la educación han de jugar un papel principal. Evidentemente, esto ha de acontecer sin detrimento de la protección real que merece el *nasciturus*. Considerar que una actitud ética que no haya calado profundamente en el individuo de tal modo que conduzca a actuaciones responsables, o que una norma jurídica puede cambiar la realidad del aborto a corto plazo constituye un acto cercano a una ingenuidad inoperante. La opción por fórmulas legales que combinen la necesaria protección del *nasciturus* con el asesoramiento a la mujer embarazada, para apoyarla en situaciones tan difíciles excluyendo la sanción penal, serían la clave de bóveda en la que habría de asentarse la solución y, probablemente, la fórmula menos perjudicial para acabar o al menos reducir el número de abortos no espontáneos que nos muestra la realidad.

No es nuestro objetivo ni pretensión indicar cuál es el camino que ha de seguir el pre-legislador en su reforma, lo cual excede de las competencias del propio Comité y de sus miembros, aun cuando sea a través de la fórmula del voto particular. Sin embargo, ello no creemos que nos impida ni haga inoportuno sugerir alguna fórmula que, atendiendo a la realidad social y habiéndose ya empleado en otros modelos comparados, pueda ayudar a resolver un conflicto de la naturaleza e importancia del que nos ocupa. Limitarnos a expresar los problemas del modelo, sin ofrecer los rasgos generales de alguna propuesta entendemos que tampoco responde a la labor que se nos pide ni es leal, siempre dentro del absoluto respeto al pre-legislador y legislador que es a quienes corresponde, democráticamente, hallar la fórmula más adecuada. Además, ello tampoco creemos que ayudaría a propiciar un debate tan necesario en nuestra sociedad.

Así, un posible camino para resolver determinadas situaciones podría radicar en abrir una tercera indicación que permitiera a la mujer acogerse a la interrupción voluntaria del embarazo -sin menoscabo de los principios en los que pretende asentarse la propuesta de regulación recogida en el Anteproyecto- y que, como ya se ha expuesto, se consideran acordes con nuestro marco constitucional, con la doctrina sobre la materia del Tribunal Constitucional e incluso con la doctrina de los Tribunales de nuestro entorno con similar cultura jurídica.

Este tercer supuesto daría cabida a aquellos conflictos entre la integridad moral de la madre y la vida del *nasciturus*. A tal fin se podría, manteniendo la denominada 'indicación criminológica' citada en el Anteproyecto, limitar la indicación terapéutica al riesgo grave para la vida o integridad o salud física de la madre. Quedaría fuera de este supuesto la integridad psíquica, que se recogería en una tercera indicación.

Creemos que diferenciar entre integridad física y psíquica no sólo es ética y jurídicamente posible sino también razonable y oportuno, porque precisamente el principal problema que planteó la anterior regulación del aborto de 1985 se produjo al amparo de la indicación terapéutica basada en la integridad psíquica, la cual acabó por transformar el sistema en un modelo tácito de plazos. Así pues, para evitar una absoluta desprotección del *nasciturus* consideramos que pudiera ser oportuno distinguir entre ambas integridades -como además hace la propia Constitución en su artículo 15- y en cuanto a la psíquica, establecer un mecanismo reforzado de protección de la vida del no nacido a través del asesoramiento previo.

La realidad social quedaría atendida a través de la inclusión de esta tercera indicación -por grave riesgo a la integridad psíquica o moral de la mujer embarazada- en la que se podrían incluir tanto la interrupción por causa embriopática, es decir, cuando durante el embarazo se diagnostica una anomalía o malformación fetal incompatible con la vida o extremadamente grave e incurable, como el supuesto de interrupción por suponer la continuación del embarazo un conflicto personal de gravedad para la mujer. En el primer caso, en términos similares a los que recoge el Anteproyecto, el elemento justificador del aborto no sería la propia malformación o discapacidad del feto, sino la afectación que a la integridad moral de los padres podría suponer el nacimiento de un hijo en tales condiciones. No hay un desvalor de la vida del feto con malformación o discapacidad, sino una valoración preferente, en cada caso concreto, de la integridad moral de los padres. Tal valoración estaría sujeta a un requisito: el asesoramiento previo obligatorio.

En el segundo caso, la interrupción habría de practicarse dentro de las doce primeras semanas de gestación, es decir, en el mismo plazo que se establece para la indicación criminológica. Esta última indicación se mantendría, aunque inicialmente pudiera entenderse que queda subsumida en el nuevo supuesto, ya que lo que diferencia a ambos es la garantía de protección del feto que supone el asesoramiento previo, pues en la indicación por riesgo para la integridad moral iría claramente destinado a proteger la vida del *nasciturus*.

Tal alternativa en modo alguno debe entenderse como un reconocimiento expreso o, incluso, tácito de un derecho de la mujer a decidir sobre su embarazo. Tal reconocimiento, como también hemos expresado, resulta incompatible con nuestro sistema constitucional y desatiende la presencia de un *tertium* que exige también protección por parte del Derecho aunque sea principalmente en su dimensión objetiva, siendo la vida un valor superior o básico del ordenamiento jurídico.

El tercer supuesto respondería a la necesidad de atender a una realidad social que ofrece un panorama que entendemos que es difícilmente resoluble en el corto plazo,

debiéndose, a nuestro parecer, apostar por elementos en los que la educación conduzca a promover que los individuos actúen de forma responsable y equitativa ante determinados conflictos, como el del aborto, y ello, sin detrimento de la protección real que merece el *nasciturus*. Entre estos elementos, cobra especial protagonismo el asesoramiento médico previo. En el contexto de este voto particular, dicho asesoramiento, sin embargo, no debe expresarse en los términos en los que lo recoge la Ley Orgánica 2/2010, como expresión de la autonomía de la mujer embarazada, sino como mecanismo inmediato de protección al *nasciturus* y mediato de educación sobre el aborto. A través de dicho asesoramiento no sólo podría constatarse que realmente concurre un conflicto personal de gravedad para la mujer, sino, además, actuar como elemento que garantiza la protección del *nasciturus*.

A este respecto, consideramos que la fórmula a través de la cual el Anteproyecto pretende atender a la realidad, la despenalización del aborto en cualquier supuesto respecto de la mujer, no sólo podría plantear problemas de técnica jurídica, al combinar el carácter ilícito de la conducta con su no punibilidad, sino que también podría ir en contra del principio general de protección de *nasciturus*, no permitiendo, además, un necesario control por parte del Estado de la realidad que hay tras al aborto.

No se trata de renunciar a principios éticos, sino de optar por un comportamiento o, al menos, por una decisión jurídica aplicada que no ignore el marco o contexto en el que va a aplicarse la misma y que, en el mismo sentido, tampoco deje de proteger el valor constitucional que supone la vida del no nacido, aunque sea por instrumentos no penales.

Este complejo equilibrio creemos que puede conseguirse no a través de una despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, sino, antes al contrario, a través de la construcción de los diferentes supuestos o conflictos en los que se admitirá que han de prevalecer los derechos o intereses de la mujer, sin dejar de proteger la vida del no nacido.

Consideramos, pues, que la mejor manera de atender dicha realidad social podría ser a través de una formulación diferente de los supuestos o conflictos al amparo de los cuales se permitiría la práctica del aborto, sin desatender la necesaria protección de la vida del no nacido en todos ellos, en lugar de declarar, como hace el texto, que el aborto es un acto ilícito fuera de los supuestos descritos pero no punible para la mujer. Aquélla es la opción que se ha adoptado, por ejemplo, en Alemania, que tradicionalmente se ha mostrado como referente para España en materia de derechos y libertades y, singularmente, en materia de la interrupción voluntaria del embarazo.

3. Sobre el papel fundamental del asesoramiento previo obligatorio

La protección de la vida del *nasciturus*, exigible en todo caso como resulta de nuestro marco constitucional, podría lograrse a través del asesoramiento previo obligatorio para la mujer embarazada en esta nueva indicación, que podría incluirse como fórmula para que el nuevo modelo no desatienda la realidad social. Se trataría, pues, de sustituir la protección penal en los supuestos en los que exista un grave conflicto moral para la mujer embarazada, por una protección no penal en la que el asesoramiento constituiría el instrumento de protección de la vida del *nasciturus* y de constatación de la concurrencia de un conflicto de gravedad personal para la mujer.

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha declarado que *“el legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos”* (STC 53/1985).

La fórmula del asesoramiento es, además, la que se ha instituido en los modelos de Derecho comparado que se corresponden con nuestra tradición jurídica y, singularmente, en el modelo de regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en la legislación alemana.

Como señaló el Tribunal Constitucional Federal alemán, al legislador no le está prohibido constitucionalmente establecer un modelo de protección de la vida del *nasciturus* que ponga énfasis en el asesoramiento a la mujer embarazada, con la finalidad de convencerla para que continúe con la gestación del niño hasta el alumbramiento, renunciando a una amenaza de castigo determinada mediante indicaciones.

Este mecanismo de asesoramiento previo, sin temor por parte de la embarazada a un posible castigo penal, por un lado permite que la interesada acuda con sinceridad y confianza a resolver el conflicto ya que es consciente de que su conducta no tendrá, en definitiva, consecuencias legales, y por el otro, evita el problema del desconocimiento del Estado sobre la existencia del *nasciturus*. Se trataría de proteger al *nasciturus* con la embarazada y no contra la embarazada. Esto permitiría instaurar un modelo de protección fundamentado principalmente en actitudes éticas y en la educación. Creemos que esta fundamentación redundaría favorablemente en la lucha contra el número lamentable de abortos a medio o largo plazo.

Creemos que la protección del *nasciturus* contra la embarazada acaba

produciéndose cuando, declarándose el acto ilícito pero no punible para la mujer, sí lo es para el médico, elemento indispensable para que la mujer pueda acceder a la interrupción como medio adecuado para resolver el conflicto moral. Ello puede acabar provocando situaciones de discriminación, temor e inseguridad no sólo para la embarazada sino también para los profesionales sanitarios, y todo ello, además, en un marco asistencial que ya trasciende en Europa a las fronteras de los Estados.

Tampoco puede descartarse que el operador jurídico, véase un Juez, acabe por estimar que el elemento que justifica la no punibilidad de la conducta para la mujer no pueda también apreciarse en el propio médico, lo que nos haría volver a un sistema absolutamente abierto en el que el *nasciturus* quedaría absolutamente desprotegido.

No creemos que la lucha contra el número de interrupciones voluntarias del embarazo que se siguen produciendo en España, y que no resulta congruente si atendemos al nivel de educación sexual y acceso a medios anticonceptivos por parte de la población, pueda ganarse fácilmente y menos en el corto plazo. La realidad social muestra que dichas interrupciones siguen existiendo pese a que ya hayamos adoptado en nuestro sistema jurídico dos modelos diferentes para abordar el problema del aborto. No se puede descartar que la normativa en vigor, que sin reconocerlo expresamente parece transformar en un derecho de la madre un fenómeno que debe ser abordado en clave de conflicto entre intereses, haya contribuido a la existencia de un alto número de abortos. Es sorprendente que esta transformación parece haber calado en un sector importante de la sociedad.

Por ello, creemos que la realidad únicamente podrá cambiarse en el medio o largo plazo, apostando por un modelo que se asiente fundamentalmente en la educación en valores éticos, y en una educación dirigida a resaltar la dignidad de la maternidad y a reducir el número de gestaciones no deseadas. A este respecto, la fórmula del asesoramiento previo debe cumplir un papel sustancial que, si bien es difícil que logre acabar con tal práctica, sí al menos mitigue su incidencia. Cualquier otro camino, sobre todo si desatiende la realidad social, está llamado necesariamente al fracaso, en nuestra opinión.

Por último, deberían establecerse garantías legales adicionales y específicas que evitaran tanto que el asesoramiento previo fuera irrespetuoso, culpabilizador o coercitivo respecto de la mujer embarazada, como que éste se convirtiera en un mero trámite procedimental y que no cumpliera su naturaleza de garantía de protección de la vida del no nacido. Se trata, pues, de un asesoramiento orientado pero respetuoso con la dignidad de la mujer embarazada.

4. Sobre la objeción de conciencia

Finalmente, queremos hacer algunas consideraciones sobre un tema delicado y a veces controvertido, la objeción de conciencia. En este asunto, resultan imprescindibles dos precisiones. Primera, que en el ámbito jurídico la objeción de conciencia se entiende como una colisión de derechos. Segunda, que en el campo de la ética es más adecuado orientarla como un conflicto de valores sin prejuzgar si son derechos y, caso de que lo sean, de qué tipo. El ideal es que la conciencia moral funcione como norma interiorizada de la moralidad y pueda constituir la última instancia de apelación ética. Según esto, la responsabilidad moral de decidir ante la propia conciencia no puede ser sustituida por ninguna otra instancia impuesta: ni de carácter jurídico, médico, político, o religioso.

Que no se exija una responsabilidad penal no significa que no haya una responsabilidad moral. Ni todo lo moralmente reprobable conviene que sea penalizado, ni el hecho de que algo no esté penalizado lo convierte en moralmente aceptable. Rechazar desde la conciencia el mal moral del aborto es compatible con admitir, en determinadas y muy concretas circunstancias, que las leyes no lo penalicen como delito. El apoyo a esas despenalizaciones no se identifica con favorecer el aborto, pues éste no deja de ser un daño moral aun cuando la ley no lo penalice. El ejercicio de la libertad de conciencia exige responsabilidad, y la objeción en conciencia también.

En el Anteproyecto actual se dice que los profesionales sanitarios podrán ejercer el derecho a la objeción de conciencia, pero -a nuestro juicio- se entiende de manera demasiado extensiva, ya que ampara tanto el caso de participación directa en el aborto como la mera colaboración. Respecto a esta afirmación son necesarias dos puntualizaciones. La primera es obligada desde el punto de vista deontológico: el médico debe proporcionar a la mujer gestante la información adecuada, fidedigna y completa sobre la evolución del embarazo y el desarrollo fetal. Por tanto, no es conforme a la ética médica negar, ocultar o manipular información para influir en la decisión de la madre sobre la continuidad de su embarazo.

Pero además, es obvio que la objeción de conciencia siempre se vive como un conflicto entre dos deberes: el de respetar las decisiones -de los pacientes, de los superiores, de las normas o reglamentos- y el de la fidelidad de los profesionales sanitarios a sus propias creencias y valores. Conviene reiterar, pues, que el derecho a la objeción de conciencia no es absoluto, sino que posee las lógicas limitaciones en cuanto choca con otros bienes o derechos protegidos -como el derecho de los ciudadanos a las prestaciones sanitarias validadas e incluidas en la cartera de servicios- y que pueden ser dañados con la actitud del objetor. Por eso habrá que ponderar y equilibrar los intereses en conflicto, establecer el contenido de cada

derecho y los límites a su ejercicio.

En suma, aun compartiendo la interpretación que la mayoría efectúa en cuanto al deber de información del médico, consideramos conveniente que en la futura ley se expresen con claridad los términos y el alcance de dicha información, a fin de evitar interpretaciones contradictorias al amparo de una presunta ambigüedad de la norma. Por eso mismo, el reconocimiento de la objeción no ampararía el deber básico del profesional sanitario de informar acerca de cómo y dónde debe dirigirse la mujer para poder ver resuelto su conflicto de valores y, si cabe, acceder a la prestación de un servicio en los términos previstos por la Ley.

En Madrid, a 20 de mayo de 2014

Firmado:

Federico de Montalvo Jääskeläinen
Carlos Alonso Bedate
Manuel de los Reyes López

9.2. Anexo 2: Voto particular D. Pablo Ignacio Fernández Muñiz

D. Pablo Ignacio Fernández Muñiz, miembro del Comité de Bioética de España, disiente de la opinión expresada por una mayoría de los miembros de dicho Comité en relación con el informe solicitado con carácter urgente por el Secretario General Técnico del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad con fecha de 17 de marzo de 2014, en relación al texto y memoria del denominado “*Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada*”. Por esta razón, con el mayor de los respetos a dicha opinión, comunica su voto contrario al documento titulado “*Informe del Comité de Bioética de España sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada*” y, de acuerdo con las normas del funcionamiento de este Comité, formula el siguiente voto particular para su incorporación al texto del referido documento.

Voto particular

Al surgir el disenso respecto a las recomendaciones finales del informe emitido por el Comité, el voto particular no puede ser otro que discrepante con dicho informe, independientemente de las consideraciones que pudieran hacerse respecto a la metodología de trabajo elegida o a las argumentaciones adoptadas.

Las funciones del Comité de Bioética de España están dispuestas en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. Entre dichas funciones figura la de “*emitir informes, propuestas y recomendaciones para los poderes públicos de ámbito estatal*”

y autónomo en asuntos con implicaciones bioéticas relevantes”, y es en este marco legal en el que ha de entenderse el informe que emite el Comité.

El Anteproyecto de Ley se estructura en una exposición de motivos, siete artículos, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales. Asimismo, el Anteproyecto se acompaña de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo correspondiente, integrada por el informe sobre la necesidad y oportunidad de la norma, así como por la memoria económica y los informes de impacto de género, de impacto en materia de igualdad de oportunidades, de no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y de otros eventuales impactos, previstos en la legislación.

En la exposición de motivos del Anteproyecto se justifica la propuesta por razones tanto de técnica normativa como de oportunidad, y se opta por modificar parcialmente en los artículos del cuerpo del Anteproyecto la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, la Ley 14/1986 General de Sanidad, la Ley 41/2002 básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, la Ley 16/2003 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, la Ley 44/2003 de ordenación de las profesiones sanitarias, y la Ley 34/1988 General de Publicidad. Además, con la disposición derogatoria, se deja sin efecto la vigente Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

El hecho de que el voto favorable de la mayoría de los miembros del Comité de Bioética de España muestra su conformidad con la intención despenalizadora del Anteproyecto ante la interrupción voluntaria del embarazo en unas circunstancias determinadas ha de considerarse como opinión generalizada en los miembros del Comité en esos mínimos si a tenor de lo expresado en los votos particulares existentes se deduce que se considera necesaria una despenalización aún más amplia, bien incluyendo además otras circunstancias o bien manteniendo vigente el sistema mixto. Se debe advertir que el hecho de que la recomendación de este órgano consultivo, desde la perspectiva bioética, no sea aún más restrictiva que la propuesta realizada por el pre-legislador, como podría ser lo que recogía la normativa en la época previa a la despenalización del aborto en España por la Ley Orgánica 9/1985, es una situación positiva. Sin embargo no parece que puedan considerarse dichas recomendaciones suficientes ni en consonancia con los avances en cuestiones de derechos individuales ni en el seno de una evolución en convergencia con los países de nuestro entorno.

El Anteproyecto, en su preámbulo, trata de justificar el sentido de la reforma aludiendo al contenido de varios artículos de la Constitución Española y a su interpretación por

el Tribunal Constitucional en varias sentencias, lo cual ofrece una aparente presunción de inconstitucionalidad de la vigente Ley Orgánica. Dicha necesidad de reforma de la legislación vigente sobre el aborto en base a la jurisprudencia existente del Tribunal Constitucional se hace aún más patente en el informe aprobado por una mayoría de los miembros del Comité de Bioética de España. Sin embargo la situación real es que los recursos de inconstitucionalidad interpuestos frente a la Ley Orgánica 2/2010 están pendientes de resolución, lo cual debería aconsejar una posición prudente y aguardar su respuesta antes de proponer su reforma, o al menos no utilizar estos argumentos para su justificación.

Así, concluir que un sistema de plazos o mixto como el que establece la actual Ley Orgánica 2/2010 supone desatender el deber de protección de la vida del no nacido que recae sobre el Estado, deber que proclama el Tribunal Constitucional, sería faltar a la verdad, pues ninguna sentencia ha llegado a esta conclusión. Recordemos al respecto del Auto 90/2010 del Tribunal Constitucional, de 14 de julio, sobre la suspensión de determinados preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo solicitada en el recurso de inconstitucionalidad 4523-2010 en el que un voto particular de uno de los Magistrados considera que *“el mantenimiento de la aplicabilidad de los arts. 13.4, 14 y 15 de la Ley impugnada, en caso de estimación del recurso, implicaría perjuicios irreparables respecto de un bien jurídico como la vida humana en formación, que «encarna un valor fundamental [...] protegido por el art. 15 de la Constitución» (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3). Y una protección eficaz de este valor constitucionalmente fundamental debe prevalecer cautelarmente sobre las consecuencias de la presunción de constitucionalidad de la ley y aun sobre el objetivo consistente en ampliar las posibilidades de actuación de la mujer. Hubiera debido, por tanto, acordarse la suspensión de la aplicabilidad de los mencionados preceptos”*, sin embargo el Tribunal Constitucional no lo considera así sino que, muy al contrario, concluye desestimar la solicitud de suspensión de las disposiciones impugnadas en el Recurso de Inconstitucionalidad. Con lo que podemos afirmar que desde que está en vigor la legislación actual existe una ponderación atendiendo a los cambios cualitativos de la vida en formación que tienen lugar durante el embarazo, estableciendo una concordancia práctica de los derechos y bienes concurrentes a través de un modelo de tutela gradual a lo largo de la gestación. Por lo tanto, con la Ley vigente se llega a reconocer un derecho a la maternidad libremente decidida, por el que las mujeres pueden tomar la decisión inicial sobre su embarazo sabiendo que dicha decisión, consciente y responsable, ha de ser respetada. Ante esta situación, si bien debemos considerar que *«los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el artículo 15 de la Constitución»* esto no significa que resulten privados de toda protección constitucional (STC 116/1999), por lo que ha de tenerse presente que la

vida prenatal es un bien jurídico merecedor de una protección que ha de ser eficaz, y ello ha de lograrse siempre en consonancia con la garantía de los derechos fundamentales de la mujer embarazada, para lo que se ha establecido un plazo que se corresponde con las primeras catorce semanas de la gestación, en el que se garantiza a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción del embarazo, sin interferencia de terceros, lo que la STC 53/1985 denomina «*autodeterminación consciente*», en base a que la intervención determinante de un tercero en la formación de la voluntad de la mujer gestante, ni ofrece una mayor garantía para el feto ni respeta el libre desarrollo de la personalidad de la mujer, valor amparado en el artículo 10.1 de la Constitución Española.

Además, al respecto de dicha pretendida inconstitucionalidad, hemos de recordar también que fue rechazada de manera explícita en Informe emitido durante el proceso de tramitación de la vigente Ley Orgánica 2/2010 por el Consejo General del Poder Judicial, así como por el Consejo de Estado. De esta manera, el Consejo de Estado, en su Informe de 17 de septiembre de 2009, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en la Sentencia 53/85, concluye que *“a juicio de este Consejo tal como el sistema de plazos se configura en el Anteproyecto consultado no es incompatible con la interpretación que el Tribunal Constitucional dio al artículo 15 de la Constitución”*, estableciendo además en dicho Informe que, durante el plazo en el que la interrupción voluntaria del embarazo depende en exclusiva de la voluntad de la mujer gestante, los mecanismos que han de asegurar al feto la debida protección han de ser los correspondientes a las garantías administrativas, concretando que *“pueden y aun deben ser no sólo eventualmente de policía -mediante la intervención de un tercero autorizante- sino de servicio público -mediante la prestación sanitaria conveniente- y aun de fomento -esto es, de apoyo a la formación en la gestante de una voluntad ilustrada y, por ello, verdaderamente libre”*. A pesar de lo cual, la opción elegida por el pre-legislador en el Anteproyecto es la criminalización de las conductas que puedan facilitar la decisión de una mujer gestante de interrumpir su embarazo.

De acuerdo con lo expuesto en 2009 por el Comité de Bioética de España en el Informe de Opinión a propósito del entonces Proyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, al tomarse la decisión legislativa de regular la interrupción de la gestación, debe ofrecerse a la mujer *“un sistema que le permita decidir ante un embarazo que implica una situación de grave conflicto”*, pero *“lo deseable sería que las mujeres no se vieran en la necesidad de interrumpir el embarazo”*. Siendo esta última afirmación algo que podría ser un punto de consenso clave en el debate social sobre el aborto, en el Anteproyecto que nos ocupa en esta ocasión, se obvia esta oportunidad y se opta por derogar la normativa legal que en nuestro país garantiza la información y la educación afectivo sexual y reproductiva en los contenidos formales del sistema educativo, lo

que es sin lugar a dudas el mecanismo más eficaz que tiene un Estado para lograr paliar el problema de fondo y disminuir el número de abortos. Lejos de lo que se afirma en el Informe sobre el nuevo Anteproyecto, apoyado por una mayoría de los miembros del actual Comité de Bioética de España, no se mantienen las políticas en materia de educación para la salud sexual y reproductiva, sino que se excluyen de las garantías que los poderes públicos deben dar en el desarrollo de sus políticas sanitarias, educativas y sociales. Así, se decide que dejen de garantizar tanto la información y la educación afectivo sexual y reproductiva en los contenidos formales del sistema educativo, como el acceso universal a los servicios y programas de salud sexual y reproductiva, como el acceso a métodos seguros y eficaces que permitan regular la fecundidad, como la eliminación de toda forma de discriminación con especial atención a las personas con algún tipo de discapacidad, a las que se les garantizaba su derecho a la salud sexual y reproductiva estableciendo para ellas los apoyos necesarios en función de su discapacidad, como la educación sanitaria integral y con perspectiva de género sobre salud sexual y salud reproductiva, o como la información sanitaria sobre anticoncepción y sexo seguro en relación con la prevención tanto de las enfermedades e infecciones de transmisión sexual, como de los embarazos no deseados.

La incorporación de la formación en salud sexual y reproductiva al sistema educativo, con las garantías que le proporciona la actual Ley 2/2010, está además en consonancia con la Resolución 1607/2008 adoptada en Asamblea Parlamentaria por el Consejo de Europa, que advierte que la evidencia muestra que las estrategias y políticas adecuadas de salud sexual y reproductiva y de derechos, incluyendo la educación obligatoria para jóvenes en el área sexual y de relaciones, adecuada a su edad y con sensibilidad de género, lleva a recurrir menos al aborto. Pero con la decisión adoptada por el pre-legislador en este Anteproyecto tomamos también en este aspecto una línea divergente a nuestro entorno geopolítico.

La misma Resolución 1607/2008 del Consejo de Europa, expone su preocupación por el hecho de que varios estados imponen *“numerosas condiciones que restringen el acceso efectivo a servicios de aborto seguros, accesibles, aceptables y adecuados”*, enumerando también una serie de condiciones que lo hacen potencialmente más difícil, y a veces imposible, como son *“la falta de instalaciones sanitarias locales, la falta de médicos que quieran realizar abortos, la necesidad de reiteradas consultas médicas, el tiempo que se concede para cambiar de opinión y el tiempo de espera para el aborto”*. Ciertamente no podemos obviar que el Anteproyecto que estamos analizando propone lo que podríamos denominar un buen ejemplo de lo que son unas restricciones con efectos discriminatorios, llevando a una situación en la que las mujeres que están bien informadas y poseen medios financieros adecuados, pueden conseguir más fácilmente el acceso a una interrupción voluntaria del embarazo en

condiciones de legalidad y seguridad. Asimismo, en dicha Resolución se llega a la conclusión de que *“La legalidad del aborto no tiene efectos sobre la necesidad de abortar de una mujer, sino sólo sobre su acceso a un aborto seguro”*, y en consonancia con dicha conclusión se debería más bien recomendar no prohibir la interrupción voluntaria del embarazo dentro de unos *“límites gestacionales razonables”*, pues la prohibición no lleva a menos abortos, sino que fomenta la aparición de abortos clandestinos, con lo que ello conlleva de experiencias más traumáticas con un incremento de la mortalidad materna, así como la aparición de nuevo del denominado *“turismo”* del aborto, que precisa de más medios económicos, retrasando frecuentemente el momento del aborto y produciendo desigualdades sociales. Del mismo modo, ya en un informe de 1997 de la Organización Mundial de la Salud, estimando la incidencia del aborto inseguro, se concluye que su contribución es del 13% de la mortalidad materna registrada, y se evidencia que dicha mortalidad materna se incrementa cuando un país decide criminalizar el aborto.

Finalmente, y sin lugar a dudas, podemos afirmar que con el Anteproyecto se decide volver a unos tiempos en los que la mujer no tenía capacidad de decisión para determinar su propia vida, sobremanera en lo referente a su intimidad o a su maternidad, sin llegar a abordar los problemas de fondo que llevan a algunas mujeres a tomar la decisión de interrumpir su gestación, por lo que habría que mantener por un lado al menos las políticas de educación sexual a las que se renuncia, y de las que ya se ha tratado, y también habría que incluir en el articulado una referencia a unas verdaderas medidas y ayudas sociales eficaces que puedan paliar una negativa situación personal que pueda ser un gran obstáculo para tomar una decisión diferente en caso de embarazo.

Por todo lo que antecede, este vocal hace constar su opinión discrepante de la aprobada por el Comité de Bioética de España plasmada en el documento titulado *“Informe del Comité de Bioética de España sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada”*.

En Avilés a 15 de mayo de 2014
Fdo.: **Pablo Ignacio Fernández Muñiz**

9.3. Anexo 3: Voto particular D. Carlos María Romeo Casabona

Voto particular que presenta Carlos María Romeo Casabona, vocal del Comité de Bioética de España, al Informe aprobado por este último *“Sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada”*, con el fin de que se incorpore a dicho documento.

Mi respetuosa discrepancia con la posición mayoritaria del Comité se sustenta tanto en aspectos metodológicos como de contenido del Informe, que en mi opinión han conducido a valoraciones inevitablemente sesgadas y contradictorias del texto sometido a su examen.

Con el fin de evitar ser reiterativo limitaré a lo estrictamente necesario las referencias literales tanto al Informe como a las citas que el mismo hace del Anteproyecto de Ley Orgánica, de otros órganos del Estado, en particular el Tribunal Constitucional, y de instituciones o textos internacionales.

1. Justificación de la iniciativa legislativa

Correctamente, a mi entender, el Comité señala que no puede sustituirse el criterio de oportunidad política del pre-legislador, al que corresponde decidir sobre la pertinencia de la iniciativa legislativa que nos ocupa. Y también puede compartirse su afirmación de que sí es función del Comité de Bioética de España manifestar su opinión sobre la justificación que se aduce sobre este criterio de oportunidad.

La opinión mayoritaria del Comité considera que en coherencia con el criterio del Tribunal Constitucional sobre la protección constitucional de la vida del *nasciturus*, esto es, para garantizar el bien jurídico vida humana, es oportuno el cambio legislativo, pues opina también que las disposiciones tomadas en la Ley vigente (Ley Orgánica 2/2010) parecen insuficientes.

Estoy de acuerdo con esta última afirmación. En efecto, en mi opinión la legislación vigente deja un espacio de desprotección casi absoluta de la vida del *nasciturus* durante las catorce primeras semanas de la gestación, lo que no se compadece con la Constitución Española, en concreto con la interpretación que de ella ha venido haciendo el Tribunal Constitucional en este punto. Por tanto, como principio, no es rechazable tratar de corregir esta situación con iniciativas legislativas. Sin embargo, el Comité acepta muy rápidamente que este cambio legislativo sea el medio para garantizar el bien vida humana, pues a lo largo del Informe lo da por bueno, a salvo de que sostenga también la insuficiencia de ayudas a la maternidad y otras que en su opinión desatiende el Anteproyecto. Aunque no es oportuno mencionar ahora si es previsible que el pre-legislador logre este objetivo de mejora, adelanto ya mis serias dudas por lo que se dirá más abajo.

En segundo lugar, no se ha tenido en cuenta por mis compañeros la vocación de provisionalidad –por supuesto, al menos en hipótesis- que caracterizará a la nueva ley, al estar actualmente pendiente de resolución por parte del Tribunal Constitucional el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la vigente ley. No es descartable imaginar –insisto, en hipótesis- que existan ulteriores aportaciones del Tribunal

Constitucional, en el sentido que entienda oportuno, sobre su propia doctrina en relación con el derecho fundamental a la vida y con la categorización de la vida del *nasciturus* como un bien jurídico constitucionalmente protegido. Aquí contamos con un factor circunstancial pero obviamente relevante que debería haber movido a la prudencia respecto al momento de la toma de esta iniciativa.

A mayor abundamiento, esa espera hubiera permitido evaluar mejor la tendencia de las estadísticas (siendo ésta más bien una cuestión sociológica que puramente legal, a la vista de la evolución en los últimos años del número de interrupciones voluntarias del embarazo), identificar la aplicación práctica de la ley vigente, en particular sus fallos técnicos y procedimentales, para eliminarlos o corregirlos, y sus aciertos, para meditar sobre su recuperación en la futura nueva ley, igual que ésta incorporará novedades muy significativas. Pero estas últimas reflexiones sí son de mera oportunidad y puramente circunstanciales, al poder aprovechar la espera que aconsejaba el futuro pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

2. Cambio de procedimiento de despenalización: el sistema puro de las indicaciones

Asumida la decisión de la iniciativa (pre)legal por los motivos indicados, el pre-legislador, coherentemente, apenas tiene otras vías de solución que el sistema de las indicaciones, porque ofrece mayores garantías para la vida del *nasciturus* a la vez que no desatiende a la madre; aunque veremos más abajo que este sistema ofrece también sus propios aspectos débiles. En efecto, este sistema asume la presencia de un conflicto irresoluble entre la vida del *nasciturus* y diversos derechos fundamentales e intereses de la gestante, y sólo lo resuelve a favor de ésta en el caso de que estos derechos e intereses sean de especial importancia, aunque no todos tienen por qué ser de semejante entidad. Es aquí donde surge el primer problema, decidir cuándo debe darse prioridad a la madre y cuándo al concebido.

A este respecto debo subrayar la contradicción e incoherencia –sea dicho en términos estrictamente dialécticos- en las que ha incurrido la opinión mayoritaria del Comité en relación con la premisa precedente y con el conjunto del Informe. El pre-legislador prevé –según se explica en la EM- que la mujer no sea en ningún caso sancionada penalmente por haber interrumpido el embarazo, incluso fuera de los supuestos de las indicaciones permitidas que mantiene el Anteproyecto, porque *“la mujer que se enfrenta a la decisión de interrumpir su embarazo es siempre víctima de una situación de grave conflicto personal, y que la imposición de una sanción penal constituye un reproche excesivo que deviene, por ello, injustificado”* (cursiva añadida). Sin querer entrar ahora a valorar lo acertado de esta afirmación ni en si es correcto o no que el Derecho Penal no sancione en algún caso a la madre (en particular cuando no existe ningún conflicto relevante con derechos o intereses de ella misma), pues caben otros

instrumentos jurídicos no penales y, en general, diversas propuestas alternativas que son compatibles con planteamientos menos rígidos que los planean a lo largo del Informe, lo cierto es que esta solución, sin arroparla de más matizaciones, comporta, partiendo desde las propias premisas del texto, una evidente desprotección casi absoluta (penal y no penal) de la vida del *nasciturus* por decisión unilateral de la madre, más allá de la existencia –mejor: de la acreditación- de un conflicto.

Precisamente, en esto radica la diferencia más significativa del sistema de las indicaciones respecto a la solución del plazo. Sin embargo, aquí tal diferencia se difumina en la nada. Además, sin perjuicio de la censura de desprotección que he vertido más arriba sobre la solución del plazo, la ley vigente prevé al menos que se informará a la madre (si bien sea una exigencia puramente formal o de trámite, pues a la postre basta con entregarle un sobre cerrado, que puede quedar sin abrir); aunque también es cierto que el incumplimiento de este requisito no impide la exención de responsabilidad penal de la madre. Y se agrava todavía más la situación, pues la previsión pre-legal abre las puertas al autoaborto y al aborto clandestino, con lo que supone de riesgo para la vida y la salud de la madre recurrir para esta práctica a manos imperitas o sin medios suficientes; o promoverá el desplazamiento a centros extranjeros para quienes dispongan de medios económicos para hacerlo.

Finalmente, no se entiende la pertinencia de los argumentos que se esgrimen sobre la calificación como participación del aborto causado por tercero (en principio son supuestos de verdadera autoría, mientras que son de participación en la mujer, salvo en el caso del autoaborto), pues no aporta nada sustancial el debate que abre el Informe sobre este particular.

En resumen, la posición mayoritaria podía haber prestado un mejor servicio a los órganos destinatarios de la consulta dotando de mayor coherencia al texto, pues a pesar de que ha detectado los diversos problemas que plantea esta decisión respecto a la exención de responsabilidad penal de la madre, se limita finalmente a señalar que “el pre-legislador se ha inclinado por una opción novedosa en el Derecho comparado (aunque ya recogida, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico polaco) y, tras la ponderación de las razones apuntadas en contra y a favor de esta opción, nos inclinamos a aceptar la razonabilidad de su decisión”; es decir, a darla por buena.

3. La exclusión de la indicación embriopática

De nuevo la opinión mayoritaria ha obviado algo crucial en su análisis: considera asumibles y suficientes las dos indicaciones que recoge ahora el Anteproyecto (la indicación terapéutica y la criminológica) y recordemos que también reconoce que “la mujer que se enfrenta a la decisión de interrumpir su embarazo es siempre víctima de una situación de grave conflicto personal”, como vimos más arriba. Por consiguiente,

aun reconociendo que la decisión supone siempre enfrentarse a un conflicto grave, la posición mayoritaria del Comité sólo otorga el máximo reconocimiento (que el aborto no sea punible) a las dos indicaciones recogidas en el texto pre-legal, aunque haya otras muchas también graves (bien que coincido en que no siempre tiene por qué existir un conflicto realmente grave), lo que genera nueva perplejidad.

La argumentación que se maneja para justificar la exclusión de la indicación embriopática nos conduce a una falacia metodológica –de nuevo subrayo que sea entendido en términos estrictamente argumentativos–, aceptada sin más por la opinión mayoritaria del Comité, reforzando incluso el criterio sustentado en el texto pre-legal (EM): “sin que la Ley pueda condicionar el valor de la vida del *nasciturus* exclusivamente a la voluntad de la mujer embarazada o a las expectativas sobre la posible discapacidad futura de aquél”. Si nos movemos en el ámbito característico del sistema de las indicaciones, que es, precisamente, el punto de partida reconocido en el Anteproyecto, cae por su propio peso la afirmación de que no se puede condicionar el valor de la vida del *nasciturus* exclusivamente a la voluntad de la mujer, pues con este planteamiento no es posible detectar un conflicto entre la vida del *nasciturus* y determinados derechos e intereses de la madre más allá de su voluntad, siendo ésta última, por supuesto, el requisito final imprescindible de toda interrupción *voluntaria* del embarazo.

En cuanto a que tampoco se condicione a “las expectativas sobre la posible discapacidad futura” del *nasciturus*, vemos que el argumento se sale de nuevo del ámbito del conflicto: hablar de expectativas y de posible discapacidad futura del *nasciturus* no supone en realidad aislar los elementos relevantes de un conflicto actual o inminente, son meras especulaciones, a diferencia del texto de 1985 (“que se presuma que el feto habrá de nacer con *graves taras físicas o psíquicas*”, art. 417 bis.1, 3ª, cierto que con exceso de ambigüedad y, por cierto, resumido con escasa fidelidad por el Informe de la mayoría: “En el conflicto entre la vida humana *con alguna malformación y la libertad de la mujer*, el legislador se inclinaba a favor de esta última”, se reescribe muy libremente en el Informe) y del vigente de 2010 (“cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida [...] o cuando se detecte en el feto *una enfermedad extremadamente grave e incurable*”, art. 15, c; todas las cursivas añadidas). He aquí un nuevo trastrocamiento metodológico.

En los textos legales acabados de citar sí encontramos delimitado el presupuesto de un conflicto, no porque se rechace socialmente de forma generalizada la discapacidad, por cierto, concepto sólo aplicable a los nacidos; al contrario, porque a causa de situaciones muy personales de carácter social, económico, familiar psicológico o emocional, la mujer no se siente con fuerzas o en situación de llevar adelante la gestación y la maternidad de un hijo en estas condiciones, pues va a

comportar una sobrecarga irremontable para ella. Y en estos casos, acreditados, es defendible que el Derecho no pueda exigir otro comportamiento a la mujer, como declaró el Tribunal Constitucional en 1985. Se trata de dar una solución legal a situaciones individuales, presumiblemente excepcionales.

No cabe duda de que a lo largo de los últimos años se ha fomentado una especial y loable sensibilidad y apoyo a las personas discapacitadas, y los importantes cambios producidos en torno a la consideración social de estas personas y las numerosas ayudas previstas para su integración podrán servir de referentes que eliminen o reduzcan la situación de tensión de la madre y ésta decida finalmente no optar por la interrupción del embarazo. Pero esto no tiene por qué ocurrir en todos los casos, no sabemos cuántos podrían llegar a ser.

Por otro lado, la posición mayoritaria del Comité sobrevalora, según entiendo, la trascendencia del cambio de lo que ella denomina modelo médico al también llamado modelo social de la discapacidad. No se alcanza a entender muy bien cuál es el objetivo final de esta reflexión, pues por medio de ella se sostiene -aparte de referirse a otros efectos sociales del anterior modelo, el médico-, que se partía de considerar al discapacitado como un sujeto anormal. Indudablemente, su cita en un contexto legislativo parecería sugerir que también pudo influir aquel primer modelo en el legislador de 1985 y en el Tribunal Constitucional, al asumir entonces esta indicación, lo que sería a todas luces incierto e injusto.

En resumen, el Informe parece trasladar la discriminación y el rechazo a los nacidos discapacitados al centro del conflicto, lo que parece conducir a la posición mayoritaria a sustentar y aún a reforzar el criterio del pre-legislador de excluir la indicación embriopática. Pero ya se indicó más arriba que, al contrario, el verdadero conflicto latente trata de resolver una situación individual o familiar de inexigibilidad de una conducta diferente, que continúa perviviendo en la realidad social española de nuestros días.

En cualquier caso, aun persistiendo en la actualidad el presupuesto fáctico de conformidad constitucional de esta indicación planteada en sus precisos términos, el pre-legislador puede tomar la decisión que estime oportuna, sin perjuicio de que ésta merezca aplauso o rechazo.

4. Ampliación a otras indicaciones

El Tribunal Constitucional únicamente se pronunció en 1985 sobre los tres supuestos que le fueron presentados, por estar incluidos en la ley entonces recurrida: el terapéutico, el ético o criminológico y el eugenésico o embriopático. Todos ellos, en sí mismos considerados, fueron declarados conformes a la Constitución, aunque se

estimasen insuficientes algunas garantías. Quiere decirse con esto que el sistema de las indicaciones ofrece más posibilidades que las que se establecieron en 1985, y que probablemente si el conflicto es realmente grave, aunque no necesariamente de intensidad tan extrema, podrían ser asumibles desde una perspectiva constitucional.

En efecto, el sistema de las indicaciones podría dar acogida a otros supuestos también de grave conflicto –tal vez de relativa menor intensidad- entre la vida del *nasciturus* y otros derechos e intereses de la madre; su gravedad relativa, sería el referente principal para sustentar o no su conformidad constitucional, sin perjuicio de que, además, en algunos casos este conflicto venga modulado por la inexigibilidad de otro comportamiento a la mujer embarazada, inexigibilidad que podría concurrir también en varias situaciones de conflicto. A esta conclusión he llegado también, con los argumentos que he expresado, a los que me remito, con el acogimiento de la llamada indicación embriopática, pues se mueve también en este entorno.

No me corresponde en el presente escrito, ni creo que tampoco al Informe, sugerir al pre-legislador propuestas concretas ni, en particular qué supuestos de conflicto podrían dar lugar a la renuncia del instrumento punitivo. Por lo demás, pueden ser muy variados (situaciones personales, familiares sociales o económicas de la embarazada).

El sistema de indicaciones, cualquiera que sea la indicación o supuesto que se esté analizando en particular, suele requerir que la norma fije con claridad el presupuesto fáctico de conflicto, las condiciones que se han de cumplir y el modo de comprobar la concurrencia de uno y otras en el caso concreto. Respecto a esto último, en el supuesto o indicación que nos ocupa ahora, sería necesaria e inevitable una comprobación previa externa a la mujer, para asegurarse de que se mantiene en el marco que da fundamento al sistema de las indicaciones: el conflicto grave. Esto supondrá una intervención en la intimidad de la embarazada y, al mismo tiempo, un riesgo de aplicación desviada (por exceso o por defecto) de la indicación, que son los puntos débiles que ofrece en general el sistema de las indicaciones. Por consiguiente, tanto lo uno como lo otro deberían estar presentes en la mente del (pre)legislador para reducirlo y prevenirlo lo mejor posible. Asimismo, sería pertinente establecer mecanismos de asesoramiento a la gestante y poner a su disposición ayudas reales y efectivas, previas y consecutivas a la adopción de su decisión de interrumpir o no el embarazo cuando concurra la indicación en este caso, pero también las demás, cuando proceda.

De este modo el legislador, sin abandonar el marco constitucional, está en condiciones de atender a la realidad social actual y a las concepciones ético-sociales

en relación con la interrupción del embarazo según han ido evolucionando desde 1985 y garantizar al mismo tiempo una protección efectiva de la vida del *nasciturus*.

5. Otros comentarios. Minoría de edad y objeción de conciencia

Hay otros aspectos del texto pre-legal sometido a nuestro examen a los que la posición mayoritaria del Comité otorga una aquiescencia que desde mi punto de vista está insuficientemente matizada. Así: respecto a los dos informes de especialistas en la indicación terapéutica, se exige que éstos deben ser independientes del centro en el que se practique el aborto; pues bien, aunque comporta evidentes mejoras de imparcialidad y objetividad la experiencia pasada nos indica que este propósito aún podría ser fácilmente escamoteado si los autores de sendos informes se mueven en un entorno muy cerrado y especialmente dedicado a estas actividades específicas, en particular en la práctica clínica privada. Sería necesario reforzar todavía más ambas cualificaciones (imparcialidad y objetividad), con el fin de prevenir comportamientos fraudulentos.

Por otro lado, en la llamada indicación terapéutica es una obviedad que el aborto sea necesario, pues es lo mismo que decir que el conflicto no se pueda resolver de ninguna otra forma, de acuerdo con las técnicas hermenéuticas habituales en Derecho Penal. En consecuencia, no hay ninguna novedad digna de ser destacada, a pesar de que como tal la califica el Informe

Coincido con el Informe en que el consentimiento/asentimiento (?) de la menor y de los representantes legales se ha resuelto, por vía judicial, innecesariamente de forma muy prolija y confusa. Además, por mi parte, entiendo que una menor de 16 o 17 años está por lo general en condiciones de tomar la decisión de continuar o de interrumpir el embarazo con una autonomía suficiente, sin perjuicio de los asesoramientos generales que prevea la ley, por lo que no precisa ser asistida ni sustituida por terceros, en particular por quienes ejercen la patria potestad. Sin embargo, si la menor convive con sus padres, al menos uno de éstos debe ser informado, aunque sólo fuera por razones de seguridad de la propia menor, para que en el caso de que ocurriera un incidente grave (p. ej., con pérdida de la conciencia de la menor) y urgente posterior a la práctica de la interrupción del embarazo se pudiera descartar -o no- una vinculación entre ambos. Probablemente la vía judicial, con la intervención del Ministerio Fiscal, sea más adecuada que la vigente (el médico) para resolver las inquietudes y temores que pueda expresar la menor sobre la conveniencia o no de informar, siempre que se dote al procedimiento de la agilidad, simplificación y discreción que requieren estos casos.

Respecto a la objeción de conciencia de los profesionales a participar en la interrupción del embarazo, considero que ha sido un avance su incorporación explícita

al ordenamiento jurídico, siempre que, de ser necesario, se tomen las medidas oportunas para garantizar que la mujer que haya tomado la decisión de interrumpir el embarazo en los casos previstos por la ley pueda, efectivamente, llevar a cabo su propósito sin grandes trabas o cargas por este motivo; desde el otro ángulo, también es correcto que se garantice que el ejercicio de la objeción por el profesional sea efectivo. En el texto prelegislativo se debería aludir a estos puntos y sólo así sería aceptable de entrada la fórmula que prevé de que los profesionales “podrán inhibirse de *cualquier participación o colaboración* en la interrupción voluntaria del embarazo”, pues ese “cualquier” abre las posibilidades de objeción sin ningún límite preciso, pudiendo ser fuente de indeterminación y de desamparo para la gestante. Su alcance ha sido acotado con mayor precisión, y por tal motivo parece preferible, por la legislación vigente (“*directamente implicados...*”). No obstante, una vez más, el Informe de la mayoría apoya la previsión prelegislativa pasando por alto sus debilidades, sin perjuicio de que, por otro lado, sea aceptable incluir la objeción de conciencia sobrevenida, como sugiere.

6. Recomendaciones

Por lo que se refiere a las recomendaciones que eleva el Informe, éstas guardan escasa relación directa con las diversas argumentaciones que se van tejiendo a lo largo del mismo. Y de las extensas reflexiones vertidas sobre el Anteproyecto en sí mismo no se ha considerado necesario proponer ninguna recomendación en particular que pudiera mejorar el texto desde su propia perspectiva. Cuerpo del Informe y recomendaciones aparecen así como dos textos en buena medida inconexos; al contrario, considero que debería haber un entrelazamiento más estrecho e íntimo entre ambos.

En todo caso, bienvenidas sean todas las recomendaciones del Informe que propugnen la prevención de la interrupción de embarazos y que fomenten la mejora del principio de igualdad y el apoyo a la mujer que se encuentra embarazada o que desea la maternidad. Bienvenidas sean también las propuestas dirigidas a que se procuren con eficacia los recursos necesarios. Sin embargo, las recomendaciones del Informe apenas aportarán soluciones efectivas a corto plazo y continuará habiendo mujeres que ante un embarazo fuente de graves conflictos para ellas necesiten que el ordenamiento jurídico también las ampare y les abra una solución inmediata que no se limite a una exención personal de sanción jurídica.

Finalmente, en esta línea de recomendaciones el Informe propone medidas de educación en salud sexual y reproductiva, pero poniendo exclusivamente el acento en la existencia de diversidad de modelos de educación afectivo-sexual. Partiendo, en efecto, del reconocimiento de la pluralidad existente sobre la concepción de la educación afectivo-sexual, tal pluralidad no ha de conducir, sin embargo, a la

exclusión, como parece dejar abierta la opinión mayoritaria del Informe, sino que ha de ser integradora, incluyendo entre otras las previsiones de la normativa vigente sobre el particular. Sólo de este modo podrá garantizarse el respeto de la pluralidad que proclama el Informe y al mismo tiempo la efectividad de la formación que debe ofrecerse en concreto sobre la prevención de enfermedades y del embarazo, en particular a la población adolescente y juvenil.

Hasta aquí mi voto particular, coincidente pero también discrepante en diversos aspectos relevantes de la opinión mayoritaria del Comité de Bioética de España expresada en el Informe. Voto que he emitido desde la independencia más estricta y con absoluta lealtad institucional a los órganos destinatarios del Informe. Respecto a ambas actitudes personales he sido escrupuloso para que ellas no se vieran afectadas como consecuencia de las observaciones que he ido apuntando a lo largo de este voto. Confío en haberlo logrado. Todo ello desde el convencimiento de que de este modo sirvo mejor al interés público.

En Bilbao, a 17 de mayo de 2014.
Fdo.: **Carlos María Romeo Casabona**